

LA FONDATION PRIVÉE
===== (Stiftung) =====
DANS LE DROIT ALLEMAND

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA FONDATION PRIVÉE ==== (Stiftung) ===== DANS LE DROIT ALLEMAND

« Il en est du droit français comme de la langue française. Il est fait pour donner droit de cité aux idées, qui ont une valeur universelle ; elles ne prennent cette idée d'universalité que lorsqu'il les a marquées au coin de ses formules claires, précises, dégagées de toute théorie inutile, orientées vers le pur côté pratique des choses. Or, il s'agit de savoir aujourd'hui si en face de certaines idées vers lesquelles toutes les législations paraissent s'orienter, le droit français saura garder son rôle à la tête du progrès juridique universel ou s'il passera l'hégémonie à d'autres. »

(Saleilles, *De la Déclaration de Volonté*. Préface, p. IX.)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Lundi 2 Juin 1924, à 3 h. 1/2

PAR

MARIUS RADULESCO

Président : M. LEVY-ULLMANN, Professeur

*Suffragants : { M. DEMOGUE, Professeur
 { M. PILON, »*

PARIS

ÉDITIONS DE LA VIE UNIVERSITAIRE

13, QUAI DE CONTI

1924



**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

A MON PÈRE ET A MA MÈRE
HOMMAGE DE MON AFFECTION

AVANT-PROPOS

L'évolution de la fondation nous montre qu'à notre époque à tendances humanitaires de plus en plus développées, les fondations s'affirment comme une institution importante, eu égard à leur nombre et à la diversité de leurs buts. La manifestation de la volonté privée sous forme de fondation intervient dans tous les Etats, qui n'ont ni la possibilité, ni la force de satisfaire tous les intérêts sociaux et de culture de la généralité. Dans le domaine très étendu de l'activité sociale de la charité, beaucoup de tâches sont laissées aujourd'hui à l'initiative de la volonté privée.

On peut très bien opposer les impôts aux fondations, les premiers représentant les prestations obligatoires, les secondes les prestations volontaires des citoyens pour la réalisation des buts de l'Etat. Ainsi naît la fondation, manifestation par excellence du sentiment altruiste de l'homme ; il y a là un esprit civique et comme une forme de socialisation de la propriété, qu'il faut absolument encourager.

L'institution de la fondation privée en droit allemand, qui fait l'objet de notre étude, n'a pas certainement le mérite de la nouveauté. Comme construction juridique, elle a été transposée du droit commun dans le code civil allemand sans grands changements. Mais c'est plutôt une apparence ; si nous examinons de plus près les prin-

cipes, d'ailleurs si peu nombreux, que le Code a consacré à cette matière, nous nous trouvons en face d'un grand nombre de problèmes, qui n'ont pas été résolus par la nouvelle législation. Même une partie principale de l'institution, l'acte juridique de fondation, n'a pas encore reçu une forme légale bien précise.

Mais la simple réglementation de la matière des fondations par le code civil allemand, mettant hors de cause les procédés ordinaires du droit commun et établissant la fondation autonome de droit privé, représente un progrès quant au droit français.

La rareté excessive des fondations, dont on se plaint en France, ne provient pas d'un prétendu égoïsme de race ; elle n'est explicable que par les insuffisances du droit national.

« Nous n'avons actuellement, dit Saleilles, sur tous ces points en droit français aucun précédent immédiat, qui nous impose une tradition particulière. Si nous en avions une, ce serait plutôt une tradition négative et prohibitive. Notre droit, en ce qui concerne les personnes juridiques, ne connaît que des lacunes et des interdictions, mais aucune construction positive. Or une tradition négative cesse d'être une tradition le jour où l'on veut construire. Et par conséquent, dès que les précédents font défaut dans le droit national, il est légitime, il est presque indispensable d'en chercher l'inspiration au dehors » (1).

Nous allons examiner dans un titre préliminaire l'évolution historique de la fondation en droit romain et en

(1) *De la Personnalité Juridique*, 1^{re} édit., p. 34.

droit germanique ; c'est ainsi que nous pourrons rattacher la fondation moderne à la *pia causa* et l'établissement, d'où notre institution est sortie.

Puis nous passerons brièvement en revue les principales théories sur la fondation. Après cette introduction historique et théorique, nous entrerons au cœur de notre sujet, en examinant la naissance de la fondation, tant entre vifs qu'à cause de mort. Nous donnerons une importance spéciale à l'acte juridique de fondation, en tâchant de remplir les lacunes laissées par le Code civil allemand au moyen de solutions doctrinales et jurisprudentielles. Puis nous analyserons la transformation et la disparition de la fondation, en ajoutant comme annexe de brèves considérations sur la fondation de famille, et enfin dans la conclusion nous opposerons le système allemand au système français de la fondation, en mettant en évidence les avantages du premier.

TITRE PRELIMINAIRE
L'EVOLUTION DE LA FONDATION EN DROIT
ROMAIN ET EN DROIT GERMANIQUE

CHAPITRE I^{er}

Droit romain

Dans l'ancien droit romain de même qu'à l'époque classique, on ne connaît pas les fondations comme personnes juridiques dans le sens moderne (1). L'on pourrait citer comme institutions se rapprochant des fondations les temples, dont la structure, d'ailleurs, est complètement différente de la structure des personnes juridiques. Prenons en considération pour analyser la formation juridique des temples, d'une part la corporation des prêtres, d'autre part la divinité qui les prédomine. Les biens-fonds des temples appartiennent à *l'ager publicus* et il n'y a que leurs produits qui sont attribués aux temples. Le *populus romanus* s'affirme comme le propriétaire suprême et la divinité comme la partie contractante, qui est représentée dans la conclusion de l'acte juridique par le collège des prêtres.

Le *Corpus juris* ne nous donne pas une réponse claire sur la nature juridique des fondations. Les deux titres

(1) Pernice, *Labeo*, t. I, p. 254.

du Digeste, qui concernent la doctrine des personnes juridiques (1). contiennent des passages assez importants qui peuvent s'appliquer aux associations dans le sens moderne du mot ; mais le concept de la fondation leur est complètement étranger. Même le mot qui exprime cette notion manque dans les Digestes (2). Ce n'est que le Code qui peut nous fournir un matériel plus riche. Les sources qu'on doit avoir en vue sont les *Tabulae Veleias et Baebianorum* (3) qu'on désigne d'habitude sous le nom des fondations alimentaires de Trajan et de Pline. Ce sont des établissements impériaux, qui possèdent des domaines étendus et qui fournissent à des catégories très larges de la population italienne des rentes annuelles importantes. Ces établissements avaient comme but la bienfaisance et ils étaient créés pour une longue époque, peut-être, du point de vue de leur fondateur, pour l'éternité. Une preuve de ce fait sont les *procuratores alimentorum*, désignés comme une autorité propre et durable de ces établissements. Si on considère leurs éléments essentiels, on trouve des ressemblances avec les fondations d'aujourd'hui : ils poursuivent un but d'intérêt général, ils ont un patrimoine considérable, consacré à ce but, et on remarque l'effort fait pour rendre une indépendance relative à ce patrimoine.

(1) Dig. III, 4 et L, 1.

(2) L'expression de *piae causae*, *pia corpora* ne doit pas être considérée comme ayant sa source dans les Digestes. Et quoiqu'une preuve négative ne soit pas possible, le mot *pius*, conforme à l'ère chrétienne, apparaît à l'époque impériale d'après Constantin ; on ne peut donc le trouver que tout au plus dans le Codex ou les Nouvelles.

(3) Cod. I. L, XI, 1147 et IX, 1455.

Une certaine circonspection s'impose si nous voulons tirer des conclusions sur la conception des fondations et sur leur développement juridique dans le droit romain. Car ces institutions de bienfaisance ne sont pas, certainement, eu égard à leur origine, de pures créations du droit privé ; elles ont été fondées par les empereurs en leur qualité de chefs suprêmes de l'État romain. Du moment que nous ne connaissons pas assez bien, dans ses détails, la constitution de l'État romain, il n'est pas exclu qu'il ne s'agisse dans ce cas d'un pouvoir de disposition, trouvant sa source dans la compétence de droit public de l'empereur sur certains patrimoines et terrains publics (1). D'après le texte des *Tabulae*, nous ne pouvons pas avoir la certitude que ces établissements ont été considérés comme des sujets de droits indépendants, c'est-à-dire comme des personnes juridiques dans le sens moderne (2).

La fondation alimentaire de Pline (3) présente plus d'importance pour notre point de vue, parce que provenant d'une personne privée, les principes de droit public sont plus ou moins exclus. Le document ne nous dit rien sur la forme de droit privé que doit prendre la somme consacrée au but déterminé, c'est-à-dire si elle va acquérir une telle indépendance qu'elle puisse être considérée

(1) Pernice est de cette opinion dans *Labeo*, t. III, p. 167 ; d'après lui, l'empereur est le sujet de droit de l'établissement, et celui-ci est réglementé par les dispositions du droit public.

(2) Mommsen dans Bruns, *Fontes*, p. 286, 3 et Pernice, *Labeo*, t. III, p. 56.

(3) La fondation de 300.000 sesterces de Pline, destinée à assurer aux enfants des distributions alimentaires, fut adressée à la ville de Côme: Cf. *Epistolae*, VII, 18.

comme personne juridique. Mais il nous présente un détail très intéressant : nous trouvons énumérées les formes principales, par lesquelles peuvent être réalisés les buts de la fondation. Car les moyens que Pline recommande dans sa lettre à son ami comme des modes de réalisation du but de la fondation, peuvent facilement être transposés dans les conditions d'aujourd'hui, et constituent les trois catégories principales de la création des fondations modernes. Le premier procédé indiqué par Pline nous fait penser à la création d'une fondation indépendante ayant capacité juridique ; le second, avec l'existence d'une garantie réelle, à une fondation fiduciaire, et le troisième, que l'auteur considère comme le meilleur, donne lieu à une double interprétation, soit de la création d'une fondation indépendante, soit d'une simple donation avec charge adressée à une municipalité. Donc, si nous prenons comme base cette source, nous allons conclure que les fondations ont été connues par le droit romain et qu'il a distingué entre les différents modes de création de la fondation. On doit, certes, accepter cette conclusion avec beaucoup de circonspection, et on ne peut lui donner que la valeur d'une hypothèse historique.

Donc, au premier siècle de l'époque impériale, on se trouve en présence de tout un mouvement général, ayant comme but de créer avec les mêmes moyens une institution pareille à celle que nous possédons dans les fondations d'aujourd'hui. Mais nous ne savons presque rien sur le droit objectif qui réglementait ces institutions, que nous supposons comme existantes; et en par-

ticulier, il nous reste complètement inconnu le degré de personnalité, que possédaient ces institutions. Par contraste avec les corporations, pour lesquelles nous possédons une connaissance plus ou moins grande de leurs détails historiques, il nous manque pour les fondations une vue plus détaillée de leurs problèmes spéciaux. Nous ne trouvons dans les sources aucune définition, que nous possédons pour tant d'autres institutions.

Il est certain, si on exclut l'hypothèse de la fondation de Pline, que les personnes privées n'ont eu que vers le V^e siècle le droit de créer des fondations ayant capacité juridique ; cette création était limitée à la forme de la *pia causa*, de l'institution en faveur des pauvres, des malades, des prisonniers et des orphelins (1). L'acte de fondation crée à présent un nouveau sujet de droit, dont le patrimoine lui appartient comme celui d'une personne juridique. Le principe prédominant est que le patrimoine d'une *pia causa* rentre dans la catégorie du patrimoine de l'Eglise ; la *pia causa* devient une institution ecclésiastique de droit public. L'Eglise a fait son apparition à côté d'autres établissements publics et l'évolution du droit des fondations se rattache à l'évolution du droit patrimonial de l'Eglise. Du moment que le patrimoine de l'Eglise fut considéré comme une personnalité juridique indépendante, cette qualité fut transmise aux parties constitutives du patrimoine de l'Eglise, aux *ecclesiae* isolées, qui peu à peu se sont séparées du patrimoine de l'Eglise administrée.

(1) Mommsen, *Straatsrecht*, t. II, p. 886 ; Sohm, *Institutionem*, p. 197.

par l'évêque et ont constitué une administration indépendante.

La *pia causa* participe à la capacité juridique de l'Eglise. Elle n'a pas besoin d'une concession spéciale de la personnalité juridique ; l'acte de fondation suffit pour lui donner la capacité juridique. Mais le principe, que la fondation doit être une *pia causa*, lorsqu'une personne juridique est créée par une personne privée, coïncide avec le principe de l'époque antérieure, qui veut qu'une institution de droit public (à l'époque chrétienne une institution de l'Eglise) peut avoir la personnalité juridique. En dehors de la forme de la *pia causa*, les personnes privées ne pouvaient créer que des fondations sans personnalité indépendante par un don ou un legs avec charge.

Justinien énumère dans le Code (1) ces catégories des *piae causae* :

1) L'institution d'héritier des captifs, ayant comme but l'emploi de la succession pour leur libération ;

2) L'institution des pauvres, sans aucune distinction si le testateur a institué ou non les internés d'un certain hospice ;

3) Justinien ajoute à l'institution des captifs de la ville natale du testateur la clause que l'évêque doit administrer la succession conformément au but, sans aucune utilisation spéciale pour son propre intérêt ou pour celui de l'Eglise.

En ce qui concerne le contrôle des fondations, il est certain qu'à l'époque du droit romain, quand les fonda-

(1) Cod. I, 3, 49.

tions n'étaient considérées que comme des institutions publiques, comme des parties du patrimoine de l'Etat, celui-ci prenait ces institutions sous son entière direction et administration. Le problème du contrôle de l'Etat ne se posait même pas, le patrimoine de la fondation étant un patrimoine public. Au contraire, le patrimoine de l'Eglise, c'est-à-dire le patrimoine consacré à des buts religieux, fut considéré simplement comme une propriété privée sous l'administration de l'évêque. L'évêque était complètement indépendant et n'était obligé de rendre compte à personne.

Mais, dans la dernière époque impériale, la législation de l'empereur commence à s'étendre aussi sur ce domaine. Une tentative de l'Empereur Valens (334-378) de réglementer un contrôle de l'Etat sur l'administration patrimoniale de l'évêque, échoua à cause de l'opposition de l'Eglise ; mais il réussit au moins à introduire l'institution des *oeconomes*, administrateurs spéciaux du patrimoine de l'Eglise. Cette institution constitua le moyen d'introduction de l'élément laïque dans l'administration du patrimoine de l'Eglise et, en même temps, l'expansion de la législation laïque sur le droit patrimonial de l'Eglise. On trouve déjà sous Justinien une législation étendue, qui donnait la possibilité à l'autorité laïque de prendre des mesures contre les administrateurs incorrects, et qui concernait tout le domaine du droit patrimonial de l'Eglise et du droit des fondations (1).

(1) Cod. I, 3, 46, nov. 131.

CHAPITRE II

Droit germanique

Au temps où le paganisme était prédominant, on ne trouvait pas encore de traces du droit des fondations. Les sources juridiques ont des lacunes ; donc on ne peut pas tirer de conclusions d'une époque postérieure, parce que les fondations ont toujours été considérées dans le droit allemand comme une institution chrétienne. La manière, dont ces établissements ont pris naissance et se sont développées en Allemagne, correspond exactement à celle de la dernière époque impériale.

Au moyen-âge, les fondations sont subordonnées à l'Eglise, qui est la seule représentante des tendances humanitaires. Par conséquent, on utilise les mêmes formes pour leur naissance que pour la création des établissements ecclésiastiques. Les biens des établissements sont considérés comme appartenant à Dieu et aux saints. Dieu ou Jésus-Christ est le seigneur suprême des biens ecclésiastiques ; chaque église était la propriété du Saint auquel elle était consacrée (1). Par conséquent, on parle de la maison de Dieu, du patrimoine du Christ ; quand on veut fonder une église ou un cloître, le fondateur construit sur son terrain l'édifice de l'église ou du monastère, et après il en fait donation au Saint. Les saints

(1) Gierke, *Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 527.

deviennent propriétaires, créanciers, débiteurs. Ces êtres divins devaient avoir des représentants humains, qui administraient le patrimoine ecclésiastique, qui recevaient les donations, étaient en justice, mais se considéraient toujours comme les administrateurs des biens d'autrui. Avec le changement de la charge, le patrimoine tout entier passait au successeur, qui, prêtant serment, devait le conserver dans son intégrité.

On trouve une conception analogue pour les fondations, qui furent considérées comme des établissements religieux. Les hôpitaux, les asiles étaient dédiés à un saint et mis sous la direction des personnes ecclésiastiques (1). Le saint est le sujet, le propriétaire des biens ; par conséquent, celui qui voulait créer une fondation, devait avant tout commencer la construction matérielle de l'œuvre, puis la faire fonctionner en recevant les pauvres ou les malades et enfin la dédier à un Saint. Mais on ne doit pas oublier que ces établissements sont un fragment d'un patrimoine, qui passe de la propriété du fondateur dans celle du Saint (2). On trouve ici aussi des administrateurs et des représentants de ces propriétaires célestes ; tels sont les *provisores* et les *procuratores domus hospitalis*, qui agissent au nom d'autrui, c'est-à-dire du saint de la fondation. Mais dans une période plus avancée du moyen-âge, une autre conception a prédominé, celle de considérer les infirmes, les pauvres com-

(1) Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, t. I. p. 324.

(2) G. de Lapradelle, *Théorie et pratique des fond. perpétuelles*, p. 39.

me les sujets des biens des hôpitaux ou des asiles. Dans de nombreux documents, on trouve des donations faites *pauperibus*, les pauvres s'organisant dans des corporations et désignant une commission pour administrer l'établissement (1). Mais cette forme de donation, qui s'est substituée peu à peu à l'antique consécration à la divinité, a rendu possible des usurpations de la part des religieux, qui, oubliant la charge, ont commencé à considérer le patrimoine de la fondation comme leur bien propre.

Par conséquent, le droit germanique reste fidèle à la conception populaire qui considère les collectivités comme la totalité des individus associés ; il ne voit dans les établissements que le côté matériel, l'édifice de l'hôpital ou du couvent qui appartient au saint auquel ils sont dédiés.

L'Eglise réglemena, dans les différents conciles qui eurent lieu à Trente (1545-63), un droit patrimonial canonique, dans lequel l'administration et l'emploi du patrimoine de l'Eglise fut déclaré comme une *res mere ecclesiasticæ*, et il fut soustrait à toute immixtion de la législation laïque. Le droit des fondations était soumis aux principes du droit canonique. Le saint Empire romain, qui était l'héritier de l'Empire romain et qui devait assurer le contrôle de l'Etat sur les créations laïques de l'Eglise, comme l'avait fait la législation de l'époque impériale romaine, était trop faible à cause des luttes internes et externes pour assumer cette tâche.

(1) *Urkundenbuch der Stadt Halberstadt*, t. K, N° 156, 160, Gierke, op. cit., t. II, page 964, note 9.

Cette situation juridique fut acceptée, grâce au droit canonique, par le droit germanique et elle resta presque invariable jusqu'à l'époque de la Réforme.

Si, jusqu'à cette époque, le droit des fondations se trouva sous l'entière influence du droit canonique, après la transformation des concepts religieux et laïques par la Réforme, il se libéra de la prédominance de l'Eglise.

Aux buts de bienfaisance s'ajoutèrent les buts d'intérêt général, aux fondations religieuses les fondations laïques : la *pia causa* devint une catégorie spéciale de la fondation en général. La fondation fut soumise à la législation laïque et à l'influence directe de l'Etat. Mais, pour toutes les fondations, s'imposent à présent le principe, qu'elles ne peuvent acquérir la capacité juridique que par la concession de cette capacité par l'Etat. Il n'existe donc plus un titre juridique général qui accorde *ipso jure* la personnalité à une catégorie déterminée des fondations, mais l'autorité publique a établi le principe, qu'en dehors de l'acte de fondation, sa collaboration par une concession expresse de la personnalité juridique est nécessaire pour la création d'une fondation. La conception de l'Etat policier, qui a un droit de contrôle sur tous les sujets de son territoire, a déjà fait son apparition.

TITRE I

Les théories sur la fondation

Les différentes théories sur la nature juridique des fondations ne paraissent pas avoir une trop grande importance pour la pratique du droit : « De plus en plus, je reste convaincu, dit Saleilles, de la stérilité d'un grand nombre de nos discussions doctrinales. Il n'y a d'important que le but à atteindre ; et souvent nos constructions les plus savantes ne servent qu'en compromettre le résultat. » (1.)

Même la différence qui s'accuse entre les théories les plus tranchantes, la théorie de la fiction et la théorie qui affirme la réalité de la personne juridique, n'est pas si grande qu'elle est représentée par la polémique des auteurs. Il est hors de doute que la fondation constitua un être qui existe en réalité et qui, parfois, agit d'une manière très énergique, mais il ne peut aussi être mis en doute que cette existence et cette activité ne soient rendues possibles que par une sanction légale. La fondation ne pourrait pas fonctionner, si la loi ne défendait pas la volonté du fondateur, si elle ne surveillait pas les administrateurs du patrimoine, si elle ne prenait pas soin des transformations conformes à l'esprit de l'époque.

On doit remarquer que la loi n'a prescrit nulle part d'imaginer la fondation comme un être humain ; mais

(1) *De la Personnalité Juridique*, préface VI.

elle la désigne comme une personne, c'est-à-dire comme un sujet de droit et la met au même plan que les personnes physiques. « Le sujet de droit, dit Jellineck, n'est pas un être, une substance, mais une capacité créée par la volonté de l'ordre juridique. » (1.)

Par conséquent, tous les principes de droit, qui doivent être appliqués en premier lieu aux hommes, doivent trouver leur application analogue pour les personnes juridiques. Et c'est pour cause qu'on peut parler d'une volonté et d'une activité juridique de la fondation, quoique qu'on ne connaisse en réalité que les manifestations de volonté et les actes des organes de la fondation.

Dans toutes ces choses, il n'y a pas de fiction, mais plutôt une manière de penser antropomorphique, qui est sans danger, tant que l'on se rend compte des faits réels qui sont à sa base, et qu'on pourrait résumer dans les propositions suivantes : le patrimoine de la fondation est réservé par les règles du droit positif au but imposé par le fondateur ; les actes d'administration doivent être accomplis par les organes de la fondation, et ces actes ont le même effet sur le patrimoine de la fondation que les actes du représentant d'une personne physique sur le patrimoine de celle-ci ; le fait qu'on est habitué à s'imaginer le droit subjectif comme la faculté d'un sujet de droit et le patrimoine comme appartenant à un maître, se laisse concrétiser en introduisant la notion de la personnalité juridique, c'est-à-dire en attribuant le pa-

(1) *Allgemeine Staatslehre*, t. I. p. 150.

trimoine de la fondation à un sujet de droit, dont la volonté se manifeste dans les décisions des organes statutaires.

Mayer, qui dans son traité de droit administratif identifie complètement la personne juridique à la personne naturelle, dit : « La personne juridique est, comme la personne naturelle, une création de l'ordre juridique, et n'est ni plus juridique, ni plus morale, ni plus fictive, que celle-ci. La différence n'existe que dans la réalité qui se cache derrière cette personne : là, un individu déterminé dont la personne sert pour une étendue indéterminée de ses intérêts ; ici, une pluralité indéterminée d'individus, dont la personne juridique représente une catégorie déterminée d'intérêts. » (1.) Nous allons analyser les principales théories sur la fondation :

I. — *La théorie de la volonté de Zitelmann*

Zitelmann (2) trouve, comme beaucoup d'autres auteurs qui ont essayé de déterminer la nature des personnes juridiques, son point de départ dans la nature du droit subjectif. Cette notion fondamentale se résume d'après son contenu dans une faculté de vouloir (*Wollen-dürfen*). Par conséquent, la capacité juridique suppose comme condition principale la capacité de vouloir (*Willensfähigkeit*).

(1) *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. II, p. 367.

(2) Begriff u. Wesen der sogenannten juristischen Personen, p. 72 et suivantes.

Celle-ci existe chez l'homme qui est sujet de droit ; elle doit exister aussi chez les autres sujets de droit, auxquels l'ordre juridique octroie la capacité. Les personnes juridiques ne sont pas autre chose qu'une volonté humaine, ou mieux, les manifestations d'une volonté humaine. La fondation ne serait donc que la déclaration d'une volonté, comme toutes les autres déclarations de volonté du droit privé. Cette déclaration de volonté est devenue indépendante de son auteur, parce que la manifestation d'une volonté privée, en se donnant une loi déterminée par la fixation d'un certain but, aurait obtenu une existence indépendante : la faculté de vouloir s'est transformée en une nécessité de vouloir (*Wollenmüssen*). La fondation n'est que la volonté *objectivée, cristallisée* du fondateur, dotée d'une vie et d'une activité indépendante par l'ordre juridique. « La volonté du fondateur est devenue de libre, liée, de modifiable, figée. Elle s'est objectivée et cette volonté est le sujet des droits renfermés dans la fondation. » (1.)

Que quelqu'un crée et administre un hôpital de son vivant, pense Hensler (2), et qu'après sa mort ce dernier soit érigé en fondation, le rapport juridique n'a pas changé, « la même volonté arbitraire du propriétaire est remplacée par une volonté intangible et indéfinie ».

Meurer a été aussi partisan, dans ses premières œuvres, de la théorie et de la volonté : « Le titulaire de la

(1) Zitelmann, *op. cit.*, p. 72.

(2) *Privatrecht*, t. I. p. 254.

personnalité n'est pas l'homme, mais la volonté humaine figée. » (1.)

L'objection principale qu'on peut opposer à la théorie de Zitelmann est celle-ci : on trouve dans toutes les personnes juridiques la nécessité et l'existence d'une représentation. Mais représentation signifie l'influence de la volonté d'un certain sujet de droit sur la sphère juridique et patrimoniale d'une autre personne. Nous arrivons à une formation juridique inacceptable, si nous appliquons les principes de la représentation aux fondations, en suivant la doctrine de Zitelmann, car cette doc-

(1) *Begriff und Arten der heiligen Sachen*, t. I. p. 74. Dans ses œuvres postérieures, surtout dans *Kirchenstiftung u. Kirchengemeinde*, p. 6 et suiv., Meurer a quitté son ancienne théorie et il a cherché le fondement de la personne juridique, dans le soi-disant « *sujet de droit collectif* ». D'après lui, la volonté du fondateur ou le but de la fondation ne peuvent pas être des sujets de droit ; il cherche un sujet de droit réel qu'il trouve dans la pluralité des destinataires, formant une unité. Tous les destinataires de la fondation forment un sujet de droit unitaire. Meurer trouve dans les destinataires un substrat personnel, qui reçoit par l'autorisation de l'Etat une forme personnelle. La construction de cette théorie, qui a l'avantage d'être concrète en personnifiant le sujet de droit dans une organisation des personnes vivantes, conduit à des conséquences inacceptables. Il y a un nombre assez grand de fondations, par exemple les fondations qui s'adressent à des personnes devant remplir certaines conditions, comme la solution d'un certain problème, qui pendant une époque plus ou moins longue ne possèdent pas un destinataire déterminé. Ces fondations existeraient donc pendant un certain temps sans avoir un sujet de droit. Mais il y a encore une autre impossibilité d'ordre logique, qui s'oppose à la théorie de Meurer. La fondation apparaît elle-même comme le sujet de droit, qui garantit et confère les avantages de la fondation, tandis que les destinataires reçoivent ces avantages. Par conséquent, la totalité des destinataires constitue l'objet de l'activité du sujet de droit, qui est la fondation. D'après Meurer, les destinataires qui reçoivent les avantages de la fondation, sont en même temps titulaires de la personnalité juridique, qui leur confère ces avantages.

trine nous amène au résultat impossible de laisser agir une volonté pour une autre, qui est certainement figée, mais par cela même devenue plus forte et ayant acquis une capacité juridique.

On se trouve devant un problème, qui reste irrésolu dans la théorie de Zitelmann : Comment expliquer qu'un sujet de droit, qui est exclusivement volonté, a besoin d'une autre volonté, pour se manifester et pour acquérir une valeur juridique ? (1). La représentation n'est justifiée que dans le cas où la volonté ne remplit pas complètement la personnalité du sujet de droit représenté ; quand la volonté est limitée, l'intervention d'une autre volonté est possible et même nécessaire. Mais on ne peut pas accepter l'intervention d'une volonté étrangère pour un sujet de droit, qui n'est que volonté et en particulier une volonté juridiquement forte.

Et puis, quelle abstraction inconcevable que la personnification d'une volonté extériorisée, prenant tout à coup dans son isolement une allure indépendante, gérant, administrant en titulaire exclusif de la fortune, survivant à son auteur qu'elle peut renier. La volonté du fondateur ne se prolonge que jusqu'au moment de la création ; cette volonté crée la fondation et détermine son but et sa manière de fonctionnement. Mais du moment où la fondation est créée, elle devient indépendante de la volonté et surtout de la personnalité du fondateur ; elle peut fonctionner même contre la volonté actuelle du fondateur, qui peut-être regrette sa volonté de fonder d'autrefois.

(1) Behrend, *Die Stiftungen*, t. I, p. 143.

II. — *La théorie du centre d'intérêts de Karlowa :*

La pensée dominante de Karlowa (1) est la suivante : la nature du droit subjectif se trouve dans un intérêt spécial, qui est pris en considération par l'ordre juridique. L'homme possède des droits subjectifs, pour protéger de différents intérêts, matériels, qui se trouvent réunis en lui. La caractéristique de ces intérêts, c'est qu'ils peuvent se présenter sans être reliés à des individus isolés. De même que l'homme, en égard au grand nombre et à la diversité de ses intérêts, est muni de nombreux droits et, par conséquent, aussi d'obligations ; de même, les intérêts, qui ne se réunissent pas dans un centre humain, doivent être protégés par des droits subjectifs. De cette manière, on arrive à un complexe des droits et des obligations, qui se rapportent à un centre d'intérêts non humains ; le sujet de ce centre d'intérêts sont les personnes juridiques.

Si le centre d'intérêts constitue le contenu de toute personnalité juridique, il est nécessaire qu'il soit limité par une organisation extérieure. Une telle organisation est donnée pour les associations dans la forme d'une unité réelle, constituée par une pluralité d'individus, qui sont réunis dans un même intérêt, pour la fondation

(1) *Zur Lehre von den juristischen Personen* dans *Grünhuts Zeitschrift*, t. XV, p. 381 et suiv. Une doctrine apparentée à la théorie de Karlowa est celle de Rümelin, *Methodisches über juristische Personen*, p. 59-60. Il voit la nature des personnes juridiques dans un centre indépendant de relations, auquel il relie certains droits et obligations. Cette théorie est une simple description qui ne nous dit rien sur la réalité du sujet de droit.

dans la forme d'un intérêt commun érigé comme but et désigné comme tel par une personne privée ou publique.

La nature juridique des fondations est un centre d'intérêts particulier, qui a été créé par la désignation d'un intérêt général comme but. L'intérêt général, qui a été érigé comme sujet de droit indépendant par l'ordre juridique, est le point de concentration de ces intérêts. Les conditions nécessaires pour la naissance d'une fondation sont les conséquences de cette conception ; car pour qu'un centre d'intérêts puisse prendre naissance, il est nécessaire que certaines forces existent, qui servent comme support à ces intérêts. De telles forces sont données à l'homme par la nature même, dans sa propre personnalité ; de même aux associations par la totalité de ses membres. Au contraire, la fondation ne peut avoir d'autres forces que dans la forme d'un patrimoine, qui est consacré à l'intérêt général, désigné comme but.

Nous devons examiner si la théorie de Karlowa a réussi à déterminer d'une manière juste la nature juridique des fondations. La notion de « centre d'intérêts » n'est pas un concept général et courant de la science du droit civil ; il est, au contraire, si abstrait et si vague qu'il ne peut certainement pas suffire pour l'explication d'un des phénomènes juridiques les plus difficiles. En réalité, Karlowa ne nous donne pas l'explication et l'analyse d'un élément juridique encore inconnu, mais plutôt il remplace un phénomène juridique inconnu par un autre phénomène inconnu. Certainement, la notion

d'intérêt est une notion déterminée et claire, qui justifie son emploi au point de vue juridique et économique. Mais, quoique cette notion soit très juste pour les relations juridiques de droit privé, elle est insuffisante pour donner une réponse positive à notre problème ; elle ne fait que donner une simple description d'un phénomène juridique.

Il est juste de remarquer qu'une organisation ayant capacité juridique doit poursuivre certains intérêts, et qu'elle est munie des droits subjectifs, justement à cause de ces intérêts. Mais tout cela ne justifie pas l'introduction dans la science du droit privé de la nouvelle notion du centre d'intérêts, car elle ne donne pas une réponse à la question qu'on s'est posée depuis des siècles : quelle est la nature juridique du sujet de droit qui se trouve au centre de certains intérêts, qu'on ne peut pas attacher à des hommes ?

III. — *La théorie réaliste de la Genossenschaft* (1)

Si le droit romain ne nous offre pas une théorie d'ensemble sur les personnes juridiques, les sources germaniques sont encore plus pauvres. Nous n'allons rencon-

(1) La *Genossenschaft* correspond à la vieille institution française de compagnonnage, de compagnie (Saleilles, *De la personnalité juridique*, 2^e édit., p. 184); c'est l'association germanique, type intermédiaire entre la propriété commune non personnifiée et la corporation. Il y a combinaison des droits individuels et du droit collectif ; c'est une corporation à base d'indivision. La *Genossenschaft* s'oppose à la *gesamte Hand* ; dans celle-ci, l'indivision reste dominante ; dans la première, ce qui domine, c'est l'idée corporative.

trer qu'une seule théorie, qui a été si discutée dans le dernier temps, la théorie de la Genossenschaft (1) Elle croit avoir résolu le problème si délicat des personnes juridiques par le fait qu'elle reconnaît une vie réelle, une vraie existence aux associations organisées, qui sont contenues comme un noyau dans toute personne juridique.

Le grand mérite de la théorie de la Genossenschaft est d'avoir mis en évidence la nature sociale du droit. Le droit et l'existence sociale de l'homme sont deux notions inséparables. Cette nature sociale du droit n'est pas tout à fait étrangère au droit romain ; mais le droit germanique, avec ses conceptions naïves, était beaucoup plus enclin à accorder une grande importance au côté social du droit. L'homme, en appartenant à une association de personnes, a une situation tout à fait autre qu'isolé, en s'opposant à une autre personnalité : le droit social ne justifie son existence que dans la mesure où il reconnaît une réalité, une existence vraie à ces réunions de personnes. Gierke et ses partisans (2), soutiennent qu'on trouve dans cette nouvelle existence des associations une vie spécifique, s'opposant à la vie individuelle. Il y a donc la vie des individus et la vie des collectivités.

Cette opinion, par laquelle Gierke croit résoudre le problème des personnes juridiques, n'est pas acceptable. Ce n'est qu'une spéculation mystique. Gierke formule

(1) Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*.

(2) Regelsberger, *Pandekten*, t. I, § 75.

une affirmation, comme on lui a justement reproché, qui se trouve « au delà des choses qu'on peut connaître » (1). Tant que nous n'avons pas des preuves, nous ne pouvons pas trouver une vraie unité que dans les individus isolée. La théorie de Gierke ne se présente que comme une hypothèse, qui a son fondement dans des considérations d'ordre métaphysique (2). Gierke considère la fondation comme un établissement (*Anstalt*) ; c'est une institution du vieux droit germanique. Déjà au commencement de l'évolution du droit, il y a eu une séparation nette des associations (*Verbandspersonnen*) en *Genossenschaften* et en établissements. Tandis que la *Genossenschaft* avait son origine dans l'association d'hommes, il faut chercher l'origine de la notion d'établissement dans la relation germanique de domination. Et comme le concept de corporation a pris naissance par la substitution de la communauté visible par une personnalité invisible, de même l'origine du concept d'établissement se trouve dans la substitution du seigneur visible par une personnalité unitaire invisible (3). Et, de cette manière, s'est formée une nouvelle catégorie des *Verbandspersonen*, créée par la prédominance d'une vo-

(1) Kipp dans Windscheid, *Pandekten*, t. I, § 49, Nr. 8.

(2) Le concept de l'organe, introduit par la théorie de la corporation, et la soi-disante théorie organique, n'est qu'un concept du domaine des sciences naturelles. Ces concepts ne peuvent être utilisés dans les sciences juridiques que comme des images et avec beaucoup de précaution. Enneccerus (*Bürgerl Recht*, t. I, § 41, Nr. 1) a donc raison de reprocher à Gierke, qu'il ne fait que confondre une image avec la chose.

(3) Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 959.

lonté qui assujettit les individus isolés. De même que pour les corporations, le sujet de droit est créé par la force d'une volonté, qui domine et qui transforme en unité une pluralité. La fondation est une organisation sociale, dont l'âme est constituée par la volonté du fondateur persistant en lui, tandis que son corps est formé par l'ensemble des individus désignés pour l'accomplissement de cette volonté (1).

Le problème que nous devons nous poser est le suivant : Pourvons-nous nous représenter comme juridiquement possible des pluralités de personnes, qui possèdent une unité réelle basée sur la force d'une volonté supérieure et réelle ? ou d'après la propre expression de Gierke, « peut-il exister des *Verbandspersonen* réelles ayant une unité transcendente ? »

La notion d'établissement ne nous paraît pas un moyen d'explication juste. La nature de la personne réelle unitaire se trouve d'après Gierke, dans une certaine activité de la volonté humaine et on arrive au résultat très contestable de créer un nouvel être réel par l'influence réciproque de différentes volontés. Le concept de transcendance de Gierke n'est pas acceptable, car il est peu probable qu'on puisse créer une unité de la volonté et une nouvelle formation juridique par l'intervention d'une volonté étrangère dans la sphère de volonté des individus isolés. Une disposition quelconque d'une volonté étrangère est interprétée d'une manière différente par les différents individus. La subordination

(1) Gierke, *Privatrecht*, t. I, p. 647.

à une volonté supérieure et la même relation à un même but final ne peuvent donner qu'une tendance commune des volontés des plusieurs, mais non une unité, dont puisse découler une volonté réelle (1). Et si cette volonté unitaire manque, on ne peut pas parler d'une personne réelle unitaire.

Il nous reste encore à montrer comment ce concept de l'établissement n'est pas utilisable pour une certaine institution, qui est reconnue comme un particularité des fondations, la transformation des fondations. Si l'unité de l'établissement trouve son fondement dans la tendance vers un but qu'une certaine volonté lui a imprimé, nous ne pouvons pas comprendre comment cette unité peut encore durer, quand cette tendance n'est plus la même. On pourrait, tout au plus, se représenter que les volontés, qui se sont réunies par leur activité au service d'un but déterminé, se réunissent de nouveau pour poursuivre le nouveau but. Mais on se trouverait, dans ce cas, devant une forme corporative, et Gierke veut garder la forme d'établissement pour toute la durée de la fondation.

IV. — *La théorie du patrimoine d'affectation* (*Zweckvermögen*) de Brinz.

Il n'y a pas une théorie, même la doctrine germanique de Gierke, qui ait eu une plus grande influence dans le domaine du droit privé, que cette théorie du patrimoine

(1) Behrend, *op. cit.*, p. 225.

d'affectation de Brinz (1). L'importance de cette théorie apparaît, quand on la considère non seulement comme une de nombreuses explications qu'on a tenté sur la nature des personnes juridiques, mais comme l'affirmation d'un nouveau concept fondamental du droit privé. Ce concept pourrait être présenté de cette manière : dans la doctrine du droit privé, on considère comme une des qualités essentielles du droit subjectif qu'il doit appartenir à quelqu'un, c'est-à-dire que pour chaque droit il doit exister d'une manière nécessaire un sujet de droit. « Il n'y a pas de droit sans sujet », c'est le principe primordial, intangible du droit privé.

Mais le fait de l'existence de certains droits, qui ne sont pas rattachés à des hommes, nous oblige à examiner leur nature. Il y a, à côté des droits qui appartiennent à quelqu'un, toute une autre catégorie de droits, qui ont été créés seulement en vue d'un certain but et sont libérés de toute appartenence à un sujet. Ces droits n'appartiennent pas à quelqu'un, mais existent pour quelque chose : au *pertinere ad aliquem* correspond un *pertinere ad aliquid*.

(1) *Pandekten*, t. I, § 59 et suiv. Cette théorie a eu de nombreux partisans comme Roth (*Ihrer. Jahrb.*, t. I, p. 189), Bekker (*Pandektenrecht*, t. I, § 41, 42), Demelius (*Ihrer. Jahrb.*, t. IV, p. 132), Windscheid (*Pandekten*, 6^e édit., § 57, 3). La doctrine de Kohler (*Arch. f. Bürgerl. Recht*, t. III, p. 236) a une certaine affinité avec celle de Brinz. Il considère le but non seulement en relation avec l'objet, mais aussi avec le sujet de droit ; il voit dans le but le lien qui réunit l'objet et le sujet de droit. Cette observation est excellente : « Le sujet et l'objet de droit sont plus proches que d'habitude, parce qu'ils sont pénétrés de la même tendance ; le sujet de droit ne s'oppose pas à l'objet dans l'infinité de ses buts. Ils représentent tous les deux le même but, l'un dans le sens subjectif, l'autre dans le sens objectif ».

De cette manière, on arrive aussi à une juste compréhension des personnes juridiques : la recherche de la nature de ces personnes ne doit mener à aucun résultat, car la recherche n'a aucun objet. On ne doit pas chercher derrière les corporations une personne, ni essayer d'analyser la nature juridique de cette personne : leur nature est tout de suite expliquée, si on s'aperçoit que certains droits ont été créés en vue de certains buts, dans ce cas une pluralité d'individus. Ce rapport paraît encore plus caractéristique dans les fondations ; la relation avec le but est donnée par le simple contenu de leur concept. Et, en réalité, l'analyse juridique nous amène à ce résultat : on a créé par la fondation des droits subjectifs pour un but et justement les fondations constituent un patrimoine d'affectation dans le sens de Brinz.

Si nous examinons cette théorie, nous voyons qu'elle est aussi insuffisante pour donner une explication des personnes juridiques et particulièrement des fondations. La doctrine de Brinz ne trouve pas un sujet pour les droits qu'elle examine, parce qu'elle ne le cherche pas. Et comme le Code ne nous donne aucune définition ni du droit subjectif, ni du sujet de droit, nous devons donc la chercher dans la doctrine traditionnelle. La conception du droit subjectif qu'on pourrait accepter, quoi qu'elle soit assez discutée, est celle de la « faculté de vouloir » (1).

Le but de l'ordre juridique est la limitation des manifestations de la volonté humaine. Le droit dans le

(1) Behrend, *op. cit.*, p. 266.

sens objectif ne peut être compris qu'en relation avec la volonté. Le droit subjectif est une création du droit objectif, qui se trouve dans une telle relation avec une personne, qu'il devient une qualité de cette personne. Si on conçoit donc le droit subjectif comme une faculté de vouloir, on arrive à l'impossibilité logique d'accepter un droit sans sujet. Car la faculté de vouloir implique la faculté d'une influence sur le monde extérieur. Une telle influence au service d'un but seulement et en excluant expressément un sujet, est une notion contradictoire.

Il y a encore une autre contradiction, qui naît de l'érection en sujet actif de la fondation de ce qui n'est autre que son objet ; on arrive à la conclusion que les biens s'acquièrent eux-mêmes. Un auteur italien, Bonelli (1). pour réduire à néant cette objection, a scindé les biens de la fondation en deux portions de différente nature : l'une comme sujet, l'autre comme objet : « Le patrimoine sépare de lui-même une portion : on a comme sujet le patrimoine et comme objet la portion séparée » (2). Mais les choses peuvent-elles être sujets de droit ? M. Bonelli donne une réponse bien curieuse : « Ce ne sont pas les choses, mais le patrimoine, qui peut être sujet de droit. » Voilà donc un patrimoine qui n'est pas une réunion de choses !

Ihering a donné comme épigraphe de son ouvrage *Der Zweck im Recht*, qu'on peut considérer comme le suprême aboutissement de son génie, cette phrase : « Le

(1) *Di una nuova teoria della personalità giuridica*, dans la « *Rivista italiana per le scienze giuridiche* », 1890.

(2) *Op. cit.*, p. 330.

but est le créateur du droit entier. » Il a donc essayé de prouver à travers tout cet ouvrage que le droit avec toutes ses institutions n'est qu'au service d'un but. Tous les principes et toutes les créations du droit objectif ne paraissent que comme des moyens pour atteindre un certain but. On doit affirmer la même chose pour les droits subjectifs, parce que ceux-ci se comportent envers les droits objectifs comme le concret à l'abstrait.

Tous les droits subjectifs ou tous les patrimoines se trouvent dans un certain rapport avec un but ou, d'après Brinz, appartiennent à un but. Ce que Brinz a relevé comme une particularité des personnes juridiques, est commun à toutes les catégories de patrimoines : tous les patrimoines sont des patrimoines d'affectation.

V. — *La théorie institutionnelle de Behrend.*

La doctrine courante n'a pas résolu le problème posé par le Code civil ; la lacune laissée par la loi positive pour notre institution n'a pas été remplie, mais reste à remplir. Parmi les auteurs modernes, c'est Behrend, dans sa monographie sur les fondations, qui a donné le concept le plus juste des personnes juridiques d'après l'esprit du Code civil. Nous allons analyser d'une manière plus détaillée sa théorie.

Behrend (1) veut fixer avant tout un point de départ juste pour sa théorie. Ce point de départ est fourni par la nature du droit objectif. Car on doit reconnaître comme une vérité juridique établie que les personnes

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 311 et suiv.

juridiques, de même que les personnes physiques, ne sont que de pures créations du droit objectif (1).

La nature du droit objectif ne peut être trouvée que dans la réglementation de la volonté humaine. Mais le droit objectif et le droit subjectif s'expriment dans la faculté de vouloir. La notion du droit privé dans le sens objectif s'épuise dans la délimitation de la volonté privée. Mais une telle réglementation de la volonté privée a comme but l'établissement d'un commerce juridique entre les sujets de cette volonté, donc une influence réciproque entre les différentes manifestations de la volonté. Tout droit, et surtout le droit privé, est le droit du commerce juridique. Si le droit objectif est la réglementation de la volonté humaine dans le sens du commerce juridique qui résulte de son activité, les personnes juridiques doivent manifester cette tendance fondamentale de tout droit. On trouve, par conséquent, la justification de l'existence des personnes juridiques dans les nécessités du commerce juridique. Parce que le commerce juridique poursuit des buts qui ont une certaine durée, il doit être servi par des formations juridiques, qui doivent avoir aussi une existence durable. Ces formations sont certaines organisations durables du commerce juridique, à qui on a accordé des droits : ce sont les personnes juridiques.

Behrend (2). veut chercher le fondement formel des personnes juridiques, car celui-ci constitue la base né-

(1) Voir Jellineck, *Syst. der subject. öffentl. Rechte*, p. 26-27.

(2) *Op. cit.*, p. 318 et suiv.

cessaire de la division en deux catégories de ces personnes. Cette division bipartite a été faite, parce que le Code civil considère l'existence de ces deux catégories comme une conséquence de l'organisation du commerce juridique, et on la retrouve dominant toute la matière du droit privé. Behrend a défini le droit privé comme le règlement de la volonté humaine valable. On doit se demander si, parmi les nombreuses manifestations de la volonté humaine, il n'existe pas certaines formes fondamentales. En analysant les principes du Code civil, on trouve deux catégories de formes fondamentales, dans lesquelles la volonté peut se manifester : l'obligation envers soi-même et l'obligation envers une volonté étrangère. Les deux formes de manifestation de la volonté constituent les deux catégories principales de la technique juridique du Code civil ; elles dominent le système du Code et apparaissent dans toutes ses institutions. L'obligation envers soi-même se manifeste dans deux institutions : la promesse de récompense et la dette souscrite au porteur ; en même temps, elle se trouve en relation étroite avec le droit successoral et surtout avec le testament olographe. Si on examine la catégorie des actes juridiques, qui ont comme fondement la promesse envers soi-même, on trouve qu'ils ont certains caractères communs : 1° l'indétermination du bénéficiaire de l'acte ; 2° l'acte juridique ne peut pas être fait comme un simple acte privé, mais il a besoin d'une certaine participation du pouvoir public ; 3° l'acte est exécuté en même temps que sa rédaction. On retrouve ces caractères d'une manière presque identique

dans les fondations. La fondation est donc la réalisation d'une obligation envers soi-même.

Le dualisme qui divise les personnes juridiques est une image du dualisme, qui domine tout le droit privé. Il existe, en réalité, une relation étroite entre cette division fondamentale du droit privé et les catégories des personnes juridiques. Dans les deux espèces qui divisent les personnes juridiques, on trouve réalisé le principe fondamental du droit privé que toute volonté doit se manifester dans la forme de l'obligation envers soi-même ou de l'obligation envers une volonté étrangère. La nature des personnes juridiques se trouve donc dans le fait qu'elles sont des manifestations de la volonté privée, exprimée dans une de ces deux formes. La volonté privée, qui est le fondement des personnes juridiques, doit avoir une nature spéciale : elle est une force créatrice sociale. La volonté humaine agit autrement dans la sphère sociale que dans les autres domaines de ses manifestations : elle agit d'une manière créatrice par la formation de nouveaux êtres sociaux. Elle doit avoir, dans ce cas, une force plus grande, et la nature de cette force spéciale se manifeste dans le fait que la volonté doit avoir comme but la création d'une institution (*Einrichtung*).

Behrend (1) a défini les personnes juridiques comme des institutions destinées à participer au commerce juridique du droit privé. Le concept d'une institution est un concept élémentaire, qui n'a pas besoin d'une définition

(1) *Op. cit.*, p. 370.

précise; le droit comme les autres sciences déductives doit accepter certaines notions, qui se refusent à toute analyse. On doit quand même essayer de préciser certains traits caractéristiques de ce concept ; si ces traits concordent avec les règles du Code civil, on peut soutenir que le concept des personnes juridiques qu'on a présenté est celui du Code. Le caractère fondamental et spécifique de l'institution et aussi, par conséquent, des personnes juridiques, est la constitution (*Verfassung*), qui est une réglementation durable des rapports et des nécessités qui se répètent périodiquement.

Behrend révèle une opposition importante entre le concept de constitution et les autres relations juridiques du droit privé ; celles-ci ne peuvent se réaliser que par rapport à des individus déterminés et dans des circonstances concrètes, tandis que le but de la constitution ne peut être qu'abstrait.

Donc, l'élément principal de la constitution c'est le but ; il doit avoir une nature spéciale. Par conséquent, nous devons lui donner une importance spéciale dans le domaine du droit privé ; la manière de réaliser ce but doit aussi être spéciale, différente de celle d'autres buts du droit privé. Elle ne doit pas dépendre de l'arbitraire de l'individu ; le droit objectif doit lui donner des formes fixes et spéciales. La constitution est l'activité du droit privé, réglementée d'une manière spéciale pour atteindre des buts privés spéciaux. Si de la notion de constitution on revint à celle d'institution, celle-ci apparaîtrait dans la doctrine de Behrend comme une forme de la vie et du commerce juridique, dont certains buts pri-

vés sont atteints conformément à certains principes, c'est-à-dire par une procédure de droit privé spéciale. Donc, si le concept d'institution est déterminé d'une manière suffisante, on peut affirmer la même chose du concept principal, celui des personnes juridiques : celles-ci apparaissent comme des institutions déterminées en vertu d'une certaine constitution et qui ont les qualités nécessaires pour participer au commerce juridique du droit privé comme des sujets de droit.

Behrend (1) veut préciser la notion de but. Parce que la notion de constitution est rattachée au droit public, celle du but doit aussi avoir une certaine relation avec ce droit. En prenant comme point de départ les notions fondamentales de ce droit, on doit considérer le but, qui est relation avec les buts et les devoirs de l'Etat et de ses institutions, aussi comme abstrait. On voit, par conséquent, la nécessité d'une intervention et d'une sanction de l'Etat. Pour que l'Etat intervienne, il doit exister une chose qui possède les qualités et la tendance de devenir une personnalité juridique : c'est l'institution. Il doit exister entre l'homme et l'institution une certaine ressemblance : l'institution doit être réelle comme l'homme pour que l'ordre juridique la prenne en considération. Elle est réelle parce qu'elle est la création d'une volonté humaine. Elle a une activité juridique indépendante parce que, de même que l'homme, elle peut employer ses forces au service de certains intérêts supérieurs, grâce à sa constitution.

(1) *Op. cit.*, p. 389 et suiv.

Behrend (1) se pose enfin le problème : quel genre d'activité humaine pourrait être considéré comme un motif de création des personnes juridiques et si on doit ajouter quelque chose à la volonté humaine pour qu'elle soit capable de créer une organisation et une constitution. Pour répondre à ces questions, il faut répéter le principe que c'est la volonté humaine qui établit la constitution. La volonté humaine peut se manifester soit comme une obligation envers une autre volonté, soit comme une obligation envers soi-même ; ce sont les deux formes fondamentales du droit privé.

Cette division doit avoir une importance aussi pour les personnes juridiques, qui sont créées par la manifestation d'une volonté privée. Elles nous apparaissent, en vérité, comme des créations de la volonté, soit par une obligation envers un autre, soit par une obligation envers soi-même. Il s'ensuit donc que les personnes juridiques ne peuvent être divisées qu'en deux catégories ; tout autre division que la doctrine a tenté paraît impossible (2). Les personnes juridiques sont donc, dans l'esprit du Code civil, des organisations créées dans la forme, ou d'une obligation envers une volonté étrangère, c'est-à-dire des associations, ou d'une obligation envers soi-même, c'est-à-dire des fondations.

La solution du problème des personnes juridiques

(1) *Op. cit.*, p. 408 et suiv.

(2) Windscheid (*Pandekten*, 9^e édit., t. I, p. 257) présente une division tripartite des personnes juridiques : a) pluralité des personnes physiques ; b) établissements pour des buts pieux ou d'utilité générale ; c) patrimoines d'affectation.

danş la doctrine de Behrend paraît assez simple. Elle résulte d'un point de vue, qui prédomine tout : le point de vue de la volonté privée dans le droit privé. Le droit objectif est la réglementation de la volonté humaine. Par conséquent, toutes ses institutions, surtout celles qui sont sa création directe, doivent être en relation avec la volonté. Les personnes juridiques nous paraissent en première ligne comme des créations du droit objectif. Par conséquent, elles doivent trouver leur fondement dans la volonté. Le droit privé connaît deux formes fondamentales de manifestation de cette volonté, et les personnes juridiques doivent se réduire à ces deux formes.

TITRE II

La naissance de la fondation

CHAPITRE PREMIER

Définition de la fondation et ses différentes catégories

Le Code civil allemand n'embrasse pas complètement la matière des fondations. Il renvoie sur plusieurs points principaux à d'autres sources : 1° pour la constitution de la fondation il se réfère aux lois de l'Empire et aux lois locales, ainsi que pour l'acte de fondation ; 2° de même, aux lois locales pour l'extinction de la fondation ; 3° le Code renvoie en ce qui concerne la dévolution du patrimoine de la fondation aux lois locales, dans le cas où les statuts ou une loi d'Empire ne contiendraient aucune disposition ; 4° l'article 86 de la loi d'introduction ordonne que les dispositions des lois des Etats, limitant la capacité d'acquérir des fondations, restent valables.

Le droit des fondations doit donc se régler d'après des sources différentes qui s'entremêlent, et qui trouvent leur fondement dans des lois d'Empire, des lois des Etats et des dispositions du fondateur. Le droit des fondations a donc, comme aucune autre institution du droit privé, un caractère composite, qui est assez critiquable.

Le Code civil ne donne aucune définition ni des personnes juridiques, ni des fondations. C'est une indication qu'il veut garder le concept de la doctrine anté-

rière au Code et qu'il ne fait pas une œuvre de création. Behrend, prenant comme motif cette lacune du Code, donne une simple définition formelle : « Les fondations apparaissent comme les personnes juridiques du droit privé, qui ne sont pas des associations. » (1.)

Cette définition nous paraît insuffisante. Nous essayons de préciser le concept de la fondation dans la proposition suivante : *La fondation est une personne juridique indépendante, qui doit réaliser les buts sociaux imposés par le fondateur au moyen d'organes appropriés* (2).

On peut diviser les fondations en différentes catégories :

1° Fondations de droit privé et fondations de droit public, d'après leur nature juridique ;

2° Fondations autonomes (directes) et fondations non autonomes (fiduciaires), d'après le fait qu'on crée une organisation spéciale pour la poursuite du but de la fondation ou que l'on confie à une organisation déjà existante la réalisation de ce but ;

(1) *Op cit.*, p. 12.

(2) Staudinger, qui s'appuie sur la théorie germanique, donne cette définition : « La fondation est la « *Verbandsperson* » ayant capacité juridique, dont le but est la réalisation de la volonté du fondateur par l'utilisation d'un patrimoine » (*Kommentar*, t. I, p. 262) Dernburg, qui est aussi un partisan de Gierke, définit la fondation comme « un établissement durable, qui possède un certain patrimoine, pour atteindre un but déterminé » (*Burgerl. Recht.*, p. 280). D'après Jhering la fondation est la consécration des choses ou des capitaux en faveur des personnes indéterminées, non dans un but passager, mais pour une destination permanente (*L'évolution du droit*, trad. Meulenaere, p. 312).

3° Fondations entre vifs et à cause de mort, d'après la nature de l'acte de fondation ;

4° Fondations ordinaires, fondations mixtes et fondations de famille, d'après le cercle plus ou moins étendu des destinataires.

Avant d'examiner ces différentes catégories des fondations, il faut essayer de bien limiter le concept de la fondation, en fixant les différences qui existent entre notre institution et deux autres institutions du droit privé, qui ont certains points de contact avec elle : la collecte par contribution publique et l'association.

La collecte par contribution publique a une certaine ressemblance avec la fondation. Elle est instituée de cette manière : une ou plusieurs personnes lancent un appel et invitent le public à payer une cotisation pour un but déterminé. Les collecteurs administrent le produit de la collecte et l'utilise en vue du but. La construction juridique de ce patrimoine est assez douteuse et l'opinion des auteurs est partagée.

D'après Gierke (1), le patrimoine recueilli par collecte reste dans le patrimoine des donateurs, c'est-à-dire ceux-ci constituent une société conforme aux principes de la société en main commune. Les collecteurs provoquent cette société et la représentent en qualité de gérants d'affaires. Les contributions deviennent la propriété de la société, et les donateurs ont des parts dans cette société. Mais on peut objecter à cette théorie que la totalité des donateurs ne peut pas être sujet de droit,

(1) *Deutsches Privatrecht*, p. 672.

parce qu'elle est indéterminée ; et puis, quand le donateur contribue pour un but déterminé, il a l'intention de séparer complètement un droit de son patrimoine.

Jhering (1), qui part du principe que le sujet d'un droit est celui qui en bénéficie, considère les destinataires comme les sujets du patrimoine collecté. Au contraire, Bekker (2) et Brinz considèrent la collecte comme un patrimoine d'attribution sans maître.

Enfin, Dernburg (3) ne voit dans la collecte qu'une forme analogue à la fondation ; il considère l'œuvre d'utilité publique comme le sujet de droit qui est représenté par les membres du comité. Il appuie cette affirmation sur l'article 1914, qui dispose que, dans le cas où les administrateurs n'existent plus, on doit appeler à leur place un curateur. Donc, ce ne sont pas les administrateurs qui sont les propriétaires du patrimoine recueilli par collecte, parce que autrement leurs héritiers prendraient leur place ; les collecteurs non plus, parce qu'ils seraient appelés dans ce cas à administrer leur patrimoine. Cette théorie ne peut pas être juste, car, d'après notre opinion, la disposition de l'article 1914 trouve sa raison dans le fait qu'il ne serait pas conforme à la volonté des parties de mettre à la place des collecteurs leurs héritiers : le donateur n'a eu confiance que dans les collecteurs et non pas dans leurs héritiers.

D'après notre opinion, cette construction serait la

(1) *Geist des roemischen Rechts*, t. III, p. 209-13.

(2) *Pandektenrecht*, t. II, p. 283.

(3) *Buergerl. Recht*, t. I, p. 289.

plus adéquate à la volonté des parties : le capital recueilli par collecte passe dans la propriété fiduciaire des collecteurs, qui le transmettent ensuite aux destinataires. La souscription transforme le collecteur, qui est un fiduciaire, en créancier.

Il y a des différences fondamentales entre la fondation et la collecte : la fondation est d'habitude l'acte privé d'un seul individu, tandis que la collecte est l'œuvre d'une généralité.

La première est consacrée à des buts durables, la dernière à des buts transitoires. D'après Dernburg (1), on doit appliquer aux collectes les règles des fondations. Cette opinion n'est pas juste. L'acte de création d'une collecte publique n'a pas besoin d'une forme écrite ; l'autorisation n'est pas nécessaire et la révocation n'est pas admissible.

En ce qui concerne les différences entre la fondation et l'association, c'est le point de vue théorique qui s'impose d'abord. On retrouve l'élément affectation d'un patrimoine aussi dans l'association, mais l'affectation prend un caractère spécial dans la fondation : elle devient « la modalité même de la propriété » (2). Saleilles fait admirablement ressortir l'opposition qui existe entre la fondation et l'association : « On peut dire que la fondation est le type par excellence de la personne juridique et de la personnalité civile. Car enfin dans l'association, on pourrait à la rigueur se passer de l'idée de

(1) *Op. cit.*, p. 289.

(2) Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 119.

personnalité, puisqu'il y a une collectivité de personnes réelles pour recevoir la propriété. Dans la fondation, les personnes réelles appelées à en bénéficier et encore à supposer qu'il y en ait, ce qui n'arrive pas toujours, sont inconnues et anonymes. Et alors, si l'on veut à toute force qu'il y ait un propriétaire, il faut supposer une personne représentative de l'affectation elle-même, qui l'incarne aux yeux de l'esprit à titre de réalité peut-être, mais en tout cas à titre de symbole. » (1).

La fondation peut être créée par plusieurs fondateurs ensemble ; il y a un accord entre les fondateurs, donc un contrat. Mais tandis que pour l'association l'accord de plusieurs associés appartient à la nature même de l'association et que la volonté d'un seul ne peut pas donner vie à l'association, pour la fondation les choses se trouvent dans un rapport inverse : l'élément fondamental de l'acte de fondation, c'est la déclaration de volonté unilatérale, la collaboration de plusieurs personnes n'est qu'un élément accidentel. Il paraît donc juste de considérer l'acte souscrit par plusieurs fondateurs comme l'expression de plusieurs déclarations unilatérales parallèles (2). Sans doute, il y a entre les déclarations de volonté une telle cohésion, que si une des déclarations n'est pas valable, les autres sont considérées aussi comme nulles.

La fondation ne diffère pas de l'association par le

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 125.

(2) Planck, *Kommentar zum B. G. B.*, t. I, § 81, N° 6; Oertmann, *Bürgerl. Gesetzbuch*, t. I, § 81, n° 1 a.

but. Tous les buts qui sont atteints par la fondation peuvent être réalisés aussi par l'association. L'élément essentiel de l'association c'est l'assemblée des associés. Mais on pourrait imaginer par analogie à l'article 32 que les destinataires d'une fondation aient le droit, conformément aux statuts, de régler les affaires de l'association. Et inversement on pourrait retirer, en vertu des statuts, toutes les attributions à l'assemblée des associés. Une seule attribution ne peut pas lui être retirée : la dissolution de l'association (article 41).

Il nous reste encore à examiner la fondation de droit public et la fondation fiduciaire ; nous allons consacrer plus loin un chapitre spécial à la fondation de famille et à la fondation mixte. Le but de notre étude étant la fondation directe de droit privé, nous passerons rapidement sur les principes qui régissent les fondations publiques et les fondations fiduciaires, en relevant les différences qui les séparent de la fondation privée. On pourra après aborder, dans les chapitres qui vont suivre, l'étude de la fondation privée du Code civil allemand, c'est-à-dire analyser les articles 80-88 du Code civil.

La séparation entre la fondation privée et la fondation publique est difficile à établir. Le Code ne donne pas un critérium de distinction et laisse avec intention le problème à la décision de la doctrine. On a donné les définitions les plus différentes de la fondation de droit public. L'administration et le contrôle par une autorité publique ne peuvent pas être un critérium, non seulement parce qu'il existe un droit de contrôle de l'Etat

aussi sur les fondations privées, mais avant tout parce que l'administration des fondations privées peut être confiée par les statuts à une autorité.

Mayer (1) considère comme des fondations publiques les fondations à qui on a attribué une partie de l'administration publique. Rosin (2) veut reconnaître le caractère public de la fondation d'après le fait que non seulement les organes, mais la fondation elle-même est obligée envers l'Etat de réaliser son but ; Gierke (3), dans le fait que son droit social constitue une partie de l'ordre juridique public.

Toutes ces définitions ont comme point de départ le but de la fondation. Mais comme le but des fondations publiques est le même que celui des *piae causae* du droit privé, c'est-à-dire un but de bienfaisance ou d'intérêt général, on ne peut arriver à aucun résultat précis (4).

Il n'y a que la séparation établie d'un point de vue formel entre les fondations privées et publiques qui nous paraisse juste. Si une fondation est créée par l'Etat, par l'Eglise ou par une commune, elle appartient au droit public ; si, au contraire, elle est créée par un

(1) *Op. cit.*, p. 371.

(2) *Recht der oeffentlichen Genossenschaft*, p. 16.

(3) *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 635.

(4) Ce critérium de distinction n'est conforme qu'au droit public de la Bavière, parce que le concept de la fondation publique d'après ce droit n'est pas identique au concept de la fondation publique dans le sens de l'art. 89 du Code civil. On considère comme des fondations publiques du droit bavarois toutes les fondations qui sont consacrées à un but public, c'est-à-dire qui servent à des buts religieux, d'instruction ou de bienfaisance (Loi du 26 mai 1818).

particulier, c'est une fondation privée. Sans doute, ces dernières peuvent perdre leur caractère privé, si, étant incorporées à une institution du droit public, elles assistent celle-ci à l'accomplissement de ses buts publics (1).

Conformément à l'article 55 de la loi d'introduction, les dispositions de droit privé des lois des Etats ont été abrogées. Mais, du moment que le droit public des Etats n'a pas été modifié par l'introduction du Code civil, les dispositions antérieures sur les fondations de droit public sont restées en vigueur même après 1900.

Le Code ne s'occupe que des fondations privées, à l'exception de l'article 89, qui déclare l'article 42, alinéa 2, comme applicable aux fondations de droit public. Par conséquent, en cas d'insolvabilité la direction doit demander l'ouverture de la faillite. Cette ouverture a comme conséquence la perte de la capacité juridique de l'établissement, mais ne porte pas atteinte à son existence comme organisme social (2). La déclaration de suppression par l'Etat est la seule manière d'extinction de ces fondations. Au lieu de la suppression, on peut disposer dans le droit public de la mesure moins rigoureuse de la transformation, qui se présente sous plusieurs formes (3). La fondation, qui doit être transformée, est incorporée dans une autre fondation, de telle manière que la première disparaît complètement dans la seconde. Mais il peut exister aussi une réunion de

(1) Fux, *Das Recht der Staatsaufsicht ueber die oeffentl. Stiftungen*, thèse 1911.

(2) Oertmann, *op. cit.*, § 89.

(3) Mayer, *op. cit.*, p. 616.

deux fondations, sans qu'aucune des deux ne prédomine. Dans ce cas, les deux fondations disparaissent, et une nouvelle fondation prend naissance dans l'étendue de deux autres.

Le patrimoine d'une fondation publique échoit, s'il n'y a pas d'autres successeurs désignés par les statuts, à l'autorité qui l'avait créée.

Le Code civil ne s'occupe que des fondations ayant capacité juridique. Les fondations incapables ou fiduciaires (1). ne peuvent pas entrer dans le concept de la fondation du Code (2).; ce sont les dispositions adressées à une personne juridique préexistante ou à une personne physique pour réaliser un but déterminé. Le postulat de Kohler, que les prestations prévues par le fondateur doivent s'étendre sur une époque plus longue, qui dépasse en tout cas l'âge d'une génération humaine (3). est justifié. Le fondateur, quand il adresse sa dis-

(1) La fondation fiduciaire était très répandue dans le droit musulman, qui lui a consacré une notion spéciale. Par *Wakf* on entend la consécration d'un patrimoine au bien public ou à des buts sacrés. Une deuxième espèce de *wakf* est celle en faveur des descendants, donc un fidéicommis de famille (voir Tornauw, *Das moslemische Recht*, p. 155-59). Le pays classique de la fondation fiduciaire est aujourd'hui l'Angleterre. De même que pour le *wakf* islamique, la fondation et le fidéicommis ont la même source en Angleterre. L'institution anglaise c'est le *trust*, avec le *trustee* comme fiduciaire et le *cestui que trust*, comme destinataire. Ces *trusts* ont une histoire longue et mouvementée, dans laquelle se reflète les caractères remarquables et singuliers de la propriété foncière anglaise.

(2) Stintzing *Artch. f. die civ. Praxis*, t. 88, p. 398, trouve même la dénomination de fondation comme erronée. Au contraire, Kohler (*Op. cit.*, p. 268) considère la fondation fiduciaire comme une fondation à laquelle on applique les règles du Code.

(3) *Op. cit.*, p. 268.

position à une personne physique, disposera le plus souvent que le bien, érigé en fondation, doit s'appuyer sur une fraction d'un patrimoine, généralement un immeuble, de telle manière que l'obligation passera à chaque propriétaire, auquel le bien sera transmis.

On peut concevoir la disposition de patrimoine de deux manières :

1° Le patrimoine est transmis au fiduciaire et laissé à sa libre et entière disposition. Le fiduciaire s'oblige dans ce cas de réaliser le but de la fondation tout simplement, donc éventuellement aussi de son propre patrimoine ;

2° Mais le fondateur peut disposer que les biens consacrés à la fondation forment un patrimoine d'attribution, indépendant du patrimoine du fiduciaire. Celui-ci n'est obligé de réaliser le but de la fondation que jusqu'à concurrence du patrimoine de la fondation ; il doit administrer le patrimoine conformément aux statuts, c'est-à-dire séparément de son propre patrimoine.

D'après Kohler (1), la fondation fiduciaire peut prendre naissance par une création. Il considère l'acte dans son intégrité comme un acte de fondation avec la modalité qu'une personnalité indépendante ne prenne pas naissance, mais que le but de la fondation trouve son point d'appui dans la personnalité déjà existante. Mais cette théorie de la création se trouve en contradiction avec le fait que la personne physique ou juridique, à laquelle le fondateur attribue le patrimoine, peut le re-

(1) *Op cit.*, p. 283.

fuser ; on ne peut parler d'une fondation que du moment où cette personne a accepté le patrimoine.

La théorie juste est que la fondation fiduciaire ne peut être créée que par un contrat (1). C'est une donation avec charge. Le plus souvent, le patrimoine consacré passe complètement dans la propriété de la personne physique ou juridique ; celle-ci s'enrichit sans fournir aucune contre-valeur, parce que la plupart des fois l'affectation n'absorbe que les revenus du patrimoine et non le patrimoine lui-même. Mais même dans le cas où cette personne ne retire aucun avantage matériel, le concept d'une donation avec charge n'est pas exclu. Car la Cour suprême de l'Empire (2). admet qu'une donation avec charge peut exister aussi dans le cas où la charge constitue le but principal de la disposition et absorbe complètement la valeur de la donation.

Il n'y a aucune différence entre le cas où le patrimoine *sub modo* est administré séparément du patrimoine du fiduciaire et le cas où il est confondu avec celui-ci. Une telle administration indépendante est l'effet de la convention des parties, mais elle peut être aussi considérée comme correspondant tacitement à l'intention du donateur. Il n'existe pas, dans ce cas, un acte juridique différent, mais une simple modification fondée sur la volonté des parties. Nous ne pouvons donc pas admettre les conséquences que Kohler (3) tire de

(1) Enneccerus, *Lehrbuch*, t. I, p. 163 ; Regelsberger, *op. cit.*, p. 341.

(2) R. G. E., t. 60, p. 240.

(3) *Op. cit.*, p. 268.

l'administration séparée du patrimoine avec charge, c'est-à-dire que ce patrimoine ne peut pas être poursuivi par les créanciers du fiduciaire et qu'il ne tombe pas dans la faillite de celui-ci.

Dans les derniers temps, on a mis à côté de la notion de fondation la notion de l'établissement (1). L'établissement se caractérise par le fait qu'il se manifeste à l'extérieur par un organisme matériel, par exemple un musée, un hôpital, une école, tandis que la fondation n'a pas besoin d'un appareil extérieur pour exister : il lui suffit d'avoir un simple patrimoine à sa disposition. Il y aurait donc la fondation établissement (*Anstalt*) et la fondation patrimoine (*Stiftung*). Mais c'est une simple classification de fait, qui n'a aucune valeur juridique. L'établissement ne constitue qu'une simple annexe du patrimoine de la fondation et on ne lui applique pas des normes juridiques différentes (2).

CHAPITRE II

La nature juridique de l'acte de fondation

Nous devons examiner si l'acte de fondation est un acte juridique complètement indépendant, s'il constitue une catégorie nouvelle ou s'il se laisse insérer dans une

(1) Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 24 et suiv.

(2) C'est seulement le droit français qui établit une distinction entre l'établissement et la fondation ; on accorde plus facilement la reconnaissance d'utilité publique à l'établissement qu'à la fondation parce que c'est un organisme qui matérialise en quelque sorte la fondation, et qui a déjà fait preuve de sa vitalité.

des catégories déjà connues et fixées par la science juridique. Le problème qu'on doit résoudre est le suivant : l'acte de fondation est-il un acte *sui generis* ou peut-on le faire entrer dans la catégorie des autres actes juridiques ?

Le Code civil allemand n'a pas considéré comme nécessaire la réglementation de l'acte de fondation. L'article 80 dispose : « Pour établir une fondation ayant capacité juridique, il faut, outre l'acte de fondation, l'autorisation de l'Etat confédéré dans le ressort duquel la fondation doit avoir son domicile. » L'article 81 dispose que l'acte de fondation doit avoir une forme écrite, l'article 82 la manière dont les droits patrimoniaux doivent être transférés à la fondation ; l'article 85 mentionne encore que les statuts d'une fondation sont déterminés par l'acte de fondation, dans la mesure où il n'y a pas de disposition impérative de la législation de l'Empire ou des Etats. C'est tout ce que le Code contient sur l'acte de fondation ; le législateur n'a pas pensé aux difficultés spéciales, que le problème de la nature de l'acte de fondation pourrait susciter. Il n'a pas déterminé le contenu essentiel de l'acte de fondation ; c'est une lacune que la doctrine, qui est très divisée dans ses opinions, doit remplir. On pourrait résumer la nature de l'acte de fondation en ces trois propositions : 1° *l'acte de fondation est un acte de droit privé* ; 2° *il est un acte juridique unilatéral sui generis* ; 3° *il peut s'analyser dans un acte de création personnel et dans un acte patrimonial de disposition*. Nous allons examiner de plus près ces propositions.

*
* *

Il y a des auteurs, qui ont cherchée à faire sortir l'acte de fondation du cadre du droit privé. D'après Roth (1), le droit civil ne connaît que deux manières de disposer d'un patrimoine: la *derelictio* et la *traditio*. La disposition de l'acte de fondation n'entre dans aucune de ces deux catégories ; elle est plutôt un acte qui transforme dans une entité autonome le patrimoine, pour l'existence de laquelle une *lex specialis*, l'autorisation de l'État, est nécessaire, car le droit civil ne connaît aucun acte de ce genre. Mais cette opinion manque de fondement : car le patrimoine des sociétés par actions devient un patrimoine indépendant par la simple souscription des actionnaires et la société est une personne juridique sans même avoir besoin de l'autorisation de l'État. Mais, du moment qu'un patrimoine d'affectation prend naissance par la souscription des plusieurs, on n'a aucune raison de refuser cette possibilité au fondateur.

Gierke (2). voit dans la partie patrimoniale de l'acte de fondation un acte de droit privé, mais dans la partie de droit personnel un acte de création social, qui n'est pas soumis aux règles du droit privé. Karlowa va encore plus loin ; il considère l'acte de fondation dans son intégrité comme un acte d'autonomie : « La désignation des intérêts sociaux, qui doivent être érigés comme un but indépendant et la consécration d'un patrimoine pour ce but constituent l'acte unitaire et autonome, par le-

(1) *Ueber Stiftungen, Jahrb. für Dogmatik*, t. I, p. 207.

(2) *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 651-52.

quel on crée le sujet de la fondation » (1). La volonté privée ne peut avoir la force de créer une nouvelle personnalité juridique que dans le cas où l'homme accomplit comme être social un acte d'autonomie et non un acte privé comme individu. Nous ne pouvons pas admettre ces théories ; la nature sociale de l'acte de fondation est reconnue par la nécessité de l'autorisation de l'État, et nous ne voyons aucun motif pourquoi une déclaration de volonté privée ne suffirait pas pour la création d'une fondation. On a souvent comparé l'acte de fondation avec la *manumissio* du droit romain (2). Par celle-ci on créait un nouveau sujet de droit, de même que par l'acte de fondation, et malgré cela la *manumissio* restait un acte privé. Il n'y a aucun motif donc, pour que la fondation ayant le même effet que la *manumissio* romaine, doive sortir du cadre du droit privé. D'ailleurs, le caractère privé de la fondation a été reconnu par le fait que la matière de l'acte de fondation a été réglementé par le Code civil. Les Motifs aussi l'ont exprimé d'une manière claire : « L'acte juridique, qui a comme but la création d'une fondation, est un acte privé » (3).

*
**

Le fondateur s'oblige dans l'acte de fondation à prendre les dispositions nécessaires pour que la fondation puisse réaliser son but. Cette obligation du fondateur

(1) *Op. cit.*, p. 412.

(2) Stintzing, *Über das Stiftungsrecht*, dans *Arch. f. civ. Praxis*, t. 88, p. 415.

(3) *Motive*, t. I, p. 119.

trouve son fondement dans l'acte de fondation, qui consiste en une déclaration du fondateur, d'après laquelle il veut créer un sujet de droit indépendant pour un but déterminé. Cette déclaration n'est pas contenue dans un contrat et elle ne l'est même pas d'habitude. Comment s'expliquer malgré cela l'obligation du fondateur ?

L'acte de fondation est une déclaration de volonté. La déclaration de volonté est, d'après la doctrine prédominante, une conduite qui en tenant compte de toutes les conditions du commerce juridique, permet de tirer une conséquence d'une volonté juridiquement importante (1), sans distinguer si elle doit être adressée ou non à un tiers. La déclaration est adressée à un tiers et produit son effet du moment qu'elle parvient à son destinataire, ou elle ne s'adresse à personne et produit son effet du moment de l'émission.

La notion de déclaration de volonté trouve son origine dans l'école du droit naturel ; elle est la traduction du latin *declaratio voluntatis*. Mais le concept actuel dérive d'une généralisation injustifiée du terme latin. Car les Romains n'ont pas lié à cette expression une notion unitaire ; *declarare voluntatem* ne s'emploie que dans le cas où celui qui déclare ordonne quelque chose soit comme législateur, soit comme testateur, affranchisseur ou constituant de dot. Ce n'est que l'école du droit naturel qui a élaboré le concept de la déclaration. Pufen-

(1) Danz, *Jher. Jahrb.*, t. 46, p. 398.

dorf (1) et surtout Wolf, dans son *Jus naturae*, tome III, ont été les théoriciens de la volonté ; ce dernier, ne séparant pas encore le droit de la morale, cherche son point de départ dans le libre arbitre de l'homme et dans son obligation d'agir d'une manière juste. Le Code prussien, dans son premier livre, titre IV, en s'inspirant de Wolf, définit la déclaration de volonté comme « une manifestation de la volonté qui d'après l'intention du déclarant doit ou ne doit pas arriver ». Dans la littérature du droit commun, la déclaration est assimilée à la manifestation de volonté. D'après Savigny (2), la déclaration de volonté est « la manifestation de volonté par laquelle le phénomène interne de la volonté fait son entrée dans le monde visible ». Dernburg (3) trouve des déclarations de volonté dans les actes juridiques unilatéraux comme l'occupation, l'acceptation d'hérédité, qui reposent sur une volonté interne.

C'est seulement aujourd'hui qu'on a cherché à limiter la notion de la déclaration de volonté. Hellmann (4) distingue entre les déclarations de volonté et les réalisations de volonté ; il part de la signification habituelle du mot « déclarer », qui suppose un tiers, auquel on déclare quelque chose. Il arrive à la conclusion que toutes les déclarations de volonté impliquent réception, c'est-à-dire qu'elles doivent être adressées à quelqu'un pour être efficaces. Au contraire, les actions, qui ont une

(1) *De jure naturae*, 1672.

(2) *Syst. des heutigen röm. Rechts*, 1840, t. III, p. 327.

(3) *Op. cit.*, p. 327.

(4) *Jher. Jahrb.*, t. 42, p. 418.

conséquence juridique et qui n'impliquent pas réception, sont des réalisations de volonté. Dans le sens de cette distinction, l'acte de fondation est une réalisation de volonté : il est parfait sans être adressé à personne. Mais cette conclusion n'est pas méthodique ; elle n'a pas son fondement dans le Code. Elle n'est pas convaincante, parce que le vocabulaire du Code n'est pas celui de la vie courante.

Binder (1) est arrivé au même résultat : il oppose aux déclarations de volonté les manifestations de volonté, qui correspondent aux réalisations de volonté. Les déclarations de volonté de Binder sont des extériorisations de la volonté envers un tiers. Les manifestations de volonté, qui ne doivent pas être déclarées à personne, font partie de la catégorie des actes juridiques « qui s'épuisent dans la propre sphère juridique de celui qui agit » (2). Binder a modifié plus tard sa théorie ; il la désigne comme erronée, « parce qu'elle part d'un concept aprioristique de la déclaration, au lieu de chercher le concept juridique de la déclaration du Code » (3).

Se fondant sur cette théorie, Manigk (4) est arrivé à une limitation du concept de déclaration conformément au droit actuel. Il indique d'abord sa méthode, qui est la méthode d'extraction : le concept légal ne doit être trouvé que dans le Code. En analysant les articles 116-144 du Code civil, Manigk conclut que la déclaration de

(1) *Die Rechtsstellung des Erben*, t. I, p. 97.

(2) Binder, *op. cit.*, p. 93.

(3) *Arch. f. Rechtsphilosophie*, t. V, p. 102.

(4) *Willenserklärung und Willensgeschäft*.

volonté est une extériorisation, dont une personne se sert pour manifester une volonté juridiquement importante (1). Ce résultat trouve son fondement dans le Code : le concept trouvé est le concept du Code. A côté de cet élément subjectif, Manigk trouve un autre élément objectif dans « l'accès (*Zugang*) de la déclaration de volonté dans la sphère d'aperception du tiers, qu'elle doit informer de son contenu. La déclaration est une manifestation faite envers un tiers » (2). Aussi, ce second élément devrait être déduit du Code, comme on l'avait fait de l'élément de manifestation, si l'analyse veut rester méthodique ; mais on cherche vainement dans l'ouvrage de Manigk cette déduction. Il prétend seulement que l'élément objectif, l'accès, dérive de l'élément subjectif, la manifestation. Mais cette prétention n'est pas juste ; il ne s'ensuit pas avec nécessité que toute manifestation de volonté suppose un adversaire. Il résulte que la manifestation de volonté a comme suite une attitude qui peut réveiller dans d'autres personnes une certaine représentation. On doit donc éliminer du concept de la déclaration le second élément, d'autant plus que le Code désigne dans l'article 2255 comme déclaration de volonté une institution, le testament, qui ne doit être adressée à personne.

Manigk arrive à ces conclusions : toute déclaration de volonté doit être adressée à un tiers. Ce que la doctrine prédominante considère comme une déclaration

(1) Manigk, *op. cit.*, p. 188.

(2) *Op. cit.*, p. 210.

n'impliquant pas réception est, soit une déclaration ayant un destinataire indéterminé, comme la promesse de récompense, soit une manifestation qui n'est pas du tout une déclaration de volonté, mais un acte juridique de volonté (*Willensgeschäft*). Ces actes juridiques de volonté correspondent aux réalisations de volonté de Hellmann.

La doctrine prédominante (1) rejette la distinction entre les déclarations de volonté et les actes juridiques de volonté ; mais, au contraire, elle garde la distinction de déclaration impliquant réception et de déclaration n'impliquant pas réception, comme conforme au Code. L'article 130 du Code civil parle d'une déclaration, qui doit être adressée à un tiers ; il doit exister, par conséquent, des déclarations, qui ne s'adressent à personne. Déclaration de volonté et acte juridique ont été utilisés comme termes équivalents par le Code : « Le premier terme a été choisi dans le cas où la déclaration de volonté prédomine dans l'acte » (2).

Nous devons examiner l'utilité de la théorie de Manigk, en l'appliquant à l'acte de fondation. Manigk considère l'acte de fondation comme une déclaration de volonté, par laquelle le fondateur veut manifester une volonté juridiquement importante envers l'autorité, qui doit l'approuver, celle-ci représentant les intérêts des destinataires (3). Mais cette opinion est repoussée à

(1) Dernburg, *Bürgerl. Recht*, t. I, p. 106 ; Enneccerus, *op. cit.*, § 136 ; Hölder, *Jher. Jahrb.*, t. 55, p. 416.

(2) *Motive*, t. I, p. 126.

(3) *Op. cit.*, p. 320-321.

bonne raison par Meurer : « L'autorité n'est pas l'acceptant de la déclaration, ni même l'adversaire envers lequel le fondateur est garant, à cause de l'obligation prise ; car, dans ce cas-là, le droit de révocation envers l'autorité s'expliquerait difficilement » (1).

Jacobi développe ses théories(2) en s'appuyant sur Manigk. D'après lui, le déclarant veut éveiller chez l'acceptant la représentation d'une intention de changer une situation juridique et de gagner par cela la confiance de l'acceptant, concernant la déclaration de volonté (3). Il a limité la déclaration de volonté suivant le point de vue, si elle peut ou non servir comme base pour la confiance d'un tiers. Le fondement de l'effet juridique, qui est la conséquence de la déclaration, est la formation de la représentation chez l'adversaire que le déclarant veut s'obliger juridiquement (4). Il y a des déclarations de volonté certaines qui éveillent la confiance juridique chez l'adversaire et des déclarations incertaines, qui ne l'éveillent pas.

La théorie de Jacobi n'est pas méthodique. Il suppose que toute déclaration doit créer chez l'adversaire la représentation des buts du déclarant. Mais d'où prend-il la notion de l'adversaire dans la déclaration ? Elle doit exister à *priori* dans le concept ; il ne discute même pas la position prise par le Code dans cette ques-

(1) *Die juristischen Personen*, p. 257.

(2) *Die Theorie der Willenserklärung* dans Fischers Abhandl, t. 20 II.

(3) *Op. cit.*, p. 5.

(4) *Op. cit.*, p. 22-25.

tion. Mais Jacobi se contredit aussi. Le concept de la déclaration contient la représentation et l'éveil de la confiance chez l'adversaire ; et malgré cela, il existe des déclarations de volonté incertaines. Un concept ne peut pas contenir des exceptions, tout au plus une règle.

Nous devons mettre les résultats de la théorie de Jacobi d'accord avec le Code. Dans ses lignes essentielles, elle ressemble à la théorie prédominante et elle ne s'en sépare que dans les termes employés. La déclaration de volonté certaine n'est que la déclaration impliquant réception, la déclaration incertaine n'est que la déclaration n'impliquant pas réception. Mais seulement le concept de la déclaration que Jacobi a établi, contenant la représentation et la confiance du tiers, est faux ; il n'y a que les déclarations certaines ou impliquant réception qui contiennent ces éléments. La théorie de Jacobi diffère de celle de Manigk ; celui-ci ne connaît que les déclarations qui ont un adversaire, c'est-à-dire qui doivent susciter sa confiance, par conséquent, qui doivent lui être adressées. Jacobi admet les déclarations, qui n'ont pas d'adversaire, qui ne doivent pas être adressées à personne.

Si nous appliquons maintenant ces principes à la fondation, on arrive à ces résultats : l'acte de fondation n'est pas déclaré envers l'autorité, parce que le fondateur ne veut pas éveiller chez l'autorité une représentation et une confiance, en ce qui concerne son intention de modifier une situation juridique. L'autorité n'est pas l'adversaire de la déclaration, ni le représentant des destinataires. Le fondateur ne s'adresse à per-

sonne pour manifester sa volonté de s'obliger envers lui-même, parce que, en dehors du fondateur, personne n'est partie dans l'acte de fondation. Si nous avons prouvé qu'il n'existe pas un adversaire dans l'acte de fondation, qu'on ne peut pas admettre l'accès de la déclaration que Manigk exige, nous avons montré, en suivant les idées de Jacobi, que la déclaration du fondateur ne possède pas les caractères des déclarations certaines ou des déclarations impliquant réception. On pourrait objecter que le fondateur veut susciter chez tout le monde la confiance qu'il n'aurait pas l'intention de changer sa volonté. Mais, de cette manière, le concept de la confiance devient illimité.

Nous arrivons à la conclusion que l'acte de fondation ne peut pas être une déclaration de volonté dans le sens de Manigk, c'est-à-dire une déclaration de volonté adressée à un tiers : son système est trop étroit et ne peut pas expliquer toutes les institutions juridiques. L'acte de fondation est une déclaration de volonté unilatérale n'impliquant pas réception ; il est une création. La création est l'obligation envers soi-même, par opposition à l'obligation envers une volonté étrangère. Par conséquent, l'acte de fondation est une création dans le sens qu'il n'a pas besoin d'une volonté étrangère, vers laquelle la déclaration du fondateur doit être dirigée.

À la lumière des résultats acquis, on peut combattre l'opinion de Hölder sur l'acte de fondation. Il prétend dans son commentaire (1) : « Si l'acte de fondation est

(1) *Allgemeiner Teil*, p. 191.

un objet possible de l'autorisation, existant du moment où il a été dressé par la volonté du fondateur, il n'est parfait que du moment où la requête d'autorisation a été présentée. » Par conséquent, c'est seulement dès ce moment qu'il devient une déclaration de volonté (1). Cette opinion ne peut pas être conforme au Code, parce que même avant la transmission de la requête la révocation de l'acte de fondation est possible (article 81, alinéa 2).

L'acte de fondation existe donc avant cette transmission, du moment qu'il peut être révoqué. On ne peut pas objecter qu'une offre aussi puisse être révoquée conformément à l'article 130, alinéa 1, avant qu'elle parvienne à son destinataire, quoiqu'elle ne produise ses effets que dès ce moment. On fait dans ce cas une certaine confusion entre l'existence et l'efficacité d'une déclaration de volonté. Ce n'est pas l'existence, mais l'efficacité de la déclaration qui est anéantie par la révocation. D'après l'article 130, alinéa 1, une déclaration de volonté existe avant de parvenir à son destinataire, parce qu'elle ne s'épuise pas dans la zone neutre, mais qu'elle doit pénétrer dans le cercle d'aperception des destinataires pour susciter dans ceux-ci la confiance. Ses effets n'apparaissent que du moment où la déclaration parvient à sa destination. La déclaration de l'article 80 ne peut pas être assimilée à celle de l'article 130. Les effets de la déclaration de fondation se produisent dès son émission ; ils apparaissent beaucoup plus tôt que

(1) De même, Manigk, *op. cit.*, p. 321.

ceux de l'article 130 et sont d'une autre nature, du moment qu'ils ne doivent pas pénétrer dans un cercle d'aperception étranger. Par conséquent, on ne peut pas assimiler l'article 130 à l'article 80, parce que le premier s'applique aux déclarations de volonté impliquant réception, le second aux déclarations n'impliquant pas réception. Nous avons vu qu'il y a aussi une distinction essentielle entre les déclarations de volonté : l'existence d'une déclaration n'impliquant pas réception commence avec son efficacité. Au contraire, dans la déclaration impliquant réception, les deux moments sont séparés, parce qu'entre les deux il y a une zone neutre : quand elle entre dans cette zone, la déclaration commence à exister, quand elle sort et entre dans une sphère d'aperception étrangère, elle produit ses effets.

La nature de l'acte de fondation comme acte juridique unilatéral n'empêche pas qu'il soit contenu dans les différentes formes des déclarations juridiques, dans une déclaration unilatérale comme dans un contrat. Le cas normal de l'acte de fondation c'est la déclaration unilatérale du fondateur. Mais on reconnaît généralement que l'acte de fondation peut être contenu aussi dans un contrat.

Le Code ne le dit pas d'une manière expresse. Les Motifs, non plus, ne résolvent pas la question si l'acte de fondation doit être nécessairement un acte juridique unilatéral. On a choisi, par conséquence, une rédaction du texte, qui n'est pas contraire à la création par contrat, mais sans dire si dans un tel contrat la vraie

force créatrice n'est pas la seule volonté unilatérale du fondateur.

La création d'une fondation par un contrat n'est pas effectuée par le fait qu'un contrat est conclu avec la fondation ; celle-ci doit être créée d'abord par l'acte de fondation, contenu dans le contrat. La fondation ne peut pas encore être contractant. Le contrat ne peut être conclu qu'avec un tiers, et le fondateur peut ou s'obliger à une création postérieure de la fondation ou accepter la création de la fondation par le tiers.

Dans le premier cas, le fondateur ne prend qu'une simple obligation envers l'autre partie de ne pas révoquer l'acte de fondation ; mais le droit de révocation n'est pas exclu et dans ce cas on applique les principes généraux de la non-exécution des contrats : le fondateur n'est obligé qu'à des dommages-intérêts (1). Si le fondateur a accepté la création de la fondation par le contractant, il s'ensuit qu'il est obligé de transmettre la requête d'autorisation.

La nature de l'acte de fondation n'est pas changée par son acceptation dans un contrat ; il reste quand même un acte juridique unilatéral. Le seul effet qui se produit est que la nullité du contrat se transmet à l'acte de fondation et le rend nul aussi.

Kohler considère l'acte de fondation contenu dans un contrat comme un contrat en faveur d'un tiers. Le tiers

(1) Planck, *op. cit.*, § 81. Nr. 6 Eichinger dans sa thèse *Die rechtliche Natur des Stiftungsgeschäfts*, 1913, est d'une autre opinion ; il donne au contractant, conformément à l'art. 887 du Code de procéd. civ., le droit de demander l'exécution de l'acte de fondation. (P. 24.)

c'est la fondation qu'on doit créer (1). Cette construction ne semble pas juste ; il ne peut pas s'agir d'un tel contrat, car dans ce cas la fondation pourrait avoir le droit de demander l'exécution de l'acte, et il n'y a que le contractant qui possède ce droit.

*
**

L'acte de fondation contient une disposition de patrimoine par laquelle la fondation peut réaliser ses buts. Le fondement juridique de l'obligation du fondateur de transmettre le patrimoine est l'acte juridique de fondation. Cette obligation rentre dans le domaine du droit des obligations, tandis que l'acte de fondation en lui-même relève du droit des personnes. L'acte de fondation se sépare donc dans un acte personnel et dans un acte patrimonial. Le premier est désigné comme un acte personnel de création, parce qu'il crée un organisme social, la fondation. Le second, c'est l'acte de disposition, qui transmet le patrimoine à la fondation qu'on a créé. C'est un acte du droit des obligations qui se distingue, par conséquent, de l'acte personnel de création. Mais, de même que celui-ci, il n'est pas un contrat et même pas une offre de contrat (2) ; c'est un acte unilatéral d'obligation.

L'acte de disposition crée une obligation du fondateur ; seulement, cette obligation n'est pas parfaite, parce que l'acceptant de l'offre, c'est la fondation qu'on

(1) Kohler, *op. cit.*, t. III, p. 243.

(2) Gierke, *Personengemeinschaften*, p. 45, partage encore cette opinion.

doit créer, et celle-ci n'est pas encore un sujet de droit indépendant. L'obligation ne devient parfaite que si la fondation obtient la personnalité par la concession de l'autorisation.

Schlossmann (1) est un adversaire de la théorie de la séparation en deux de l'acte de fondation. L'acte de fondation est un acte de création unilatéral ; ce n'est que l'acte qui transmet les biens de la fondation aux organes de la fondation, qui est bilatéral. Schlossmann et tous les autres, qui considèrent la fondation comme un patrimoine personnifié, soutiennent l'opinion que l'acte de fondation doit ériger le patrimoine en une entité autonome. Mais si leur théorie, qui admet la fondation comme un patrimoine personnifié, n'est pas juste, la suite logique de cette théorie que l'acte de fondation ne consiste que dans l'acte qui rend le patrimoine indépendant, tombe aussi.

Les auteurs, considérant le patrimoine comme une condition nécessaire pour la création d'une fondation, n'ont pas encore prouvé que l'acte de fondation est un acte unitaire, mais tout au plus que les deux parties constitutives de l'acte de fondation se trouvent dans une relation intime. La séparation de l'acte de fondation en deux parties n'empêche pas cette relation, quoique l'acte de disposition ne doive pas être réuni d'une manière nécessaire à l'acte de fondation. On doit soutenir la division constructive de l'acte de fondation à cause de la di-

(1) *Jher. Jahrb.*, t. 27, p. 23 et suiv. De même Karlowa, *op. cit.*, p. 412, et Planck, *op. cit.*, § 81, Nr. 3.

versité des effets juridiques. L'obligation de l'article 82 du fondateur ne peut pas résulter de l'acte personnel de création et la naissance de la fondation comme sujet de droit n'est certainement pas une suite de la disposition de patrimoine.

Si nous acceptons cette division de l'acte de fondation, nous devons examiner quelle est la nature juridique de l'acte de disposition, que nous distinguons de l'acte personnel de création. Est-ce une donation ou un acte juridique indépendant d'une *causa* ?

Nous trouvons un résumé de différentes opinions prédominantes à l'époque du droit commun dans l'arrêt de la Cour suprême de l'Empire du 27 juin 1881 (1). Elle considère la création d'une fondation comme une donation, si le fondateur n'est pas obligé juridiquement à la création de la fondation. C'est la fondation qui est le gratifié et non pas les destinataires. La Cour suprême ne fait qu'approuver l'opinion de Gerber (2) : « La fon-

(1) R.G.E., t. V, Nr. 37. L'espèce de la Cour suprême est la suivante : L'entrepreneur Bolte et sa femme avaient créé en 1878 une fondation de famille, qui avait été reconnue comme personne juridique par le Sénat de Brême. Le patrimoine de la fondation était formé par des créances en valeur de 40.000 Mk. A la fin de 1878, la faillite de Bolte fut ouverte et le syndic attaqua la création de la fondation et demanda la restitution des créances cédées et des intérêts. Il affirma que : 1° Bolte savait, au moment de la création de la fondation, qu'il va être déclaré failli ; 2° Qu'à cause de l'insinuation qu'on n'avait pas faite, les donations étaient nulles jusqu'à concurrence de 500 solidi. La Cour Suprême donna gain de cause au syndic, en décidant : 1° Que la donation n'était valable que jusqu'à concurrence de 500 solidi, l'autorisation du Sénat ne pouvant pas remplacer l'absence d'insinuation ; 2° La contestation du syndic, qui demandait l'application des règles de la donation, était admise.

(2) *Jher. Jahrb.*, t. II, p. 57.

donation est une catégorie spéciale de la donation. On ne peut pas déterminer d'une manière générale la nature juridique de la fondation ; ce n'est que la forme concrète dans laquelle l'acte est conclu qui décide. »

Mais, depuis, la Cour suprême est revenue dans son arrêt du 19 décembre 1902 sur sa décision et s'est déclarée contre la théorie de l'assimilation de la fondation à la donation (1).

Pfeifer (2) soutient la même opinion ; seulement, il considère la création d'une fondation comme une offre de donation, qui est acceptée par l'Etat en accordant la personnalité juridique.

D'après Kohler (3), la fondation est réalisée d'habitude par une donation, mais elle peut être aussi *conditionis implendae gratia*, si le fondateur a disposé en faveur de quelqu'un sous condition qu'il crée une fondation. Un titre onéreux est aussi possible si quelqu'un s'oblige dans un contrat avec un tiers de créer une fondation.

La fondation peut être une donation quoiqu'elle soit un acte unilatéral de création, parce que la donation n'est pas un contrat, mais un type général d'actes d'enrichissement et d'appauvrissement, qui peut se réaliser par l'intermédiaire d'actes juridiques les plus variés.

Gierke soutient aussi que la fondation peut être une

(1) R.G.E., t. 54, p. 143 : « La donation est, d'après l'art. 156 du Code, un contrat ; dans une fondation il s'agit au contraire d'un acte unilatéral de création du fondateur ».

(2) *Die Lehre von den jurist. Personen*, p. 134.

(3) *Op. cit.*, p. 242.

donation. D'après lui, l'acte de fondation est formé d'un acte unilatéral et d'un acte bilatéral. L'acte créateur est un acte unilatéral, qui n'est pas soumis aux règles du droit individuel. La fondation obtient le patrimoine nécessaire à la réalisation du but par un acte bilatéral. La fondation, qui se trouve dans son stade de création, accepte l'offre de donation sous condition qu'elle existera (1).

Mais la majorité des auteurs se déclarent contre la théorie que l'acte de fondation peut contenir une donation. Roth (2) soutient que la disposition du fondateur ne peut pas être une offre de donation, parce que l'offre suppose l'existence d'un sujet de droit ; elle ne peut pas être adressée à un sujet, qui est créé par l'offre. Roth distingue d'après le contenu de la disposition ; la disposition devient parfaite par l'autorisation, si elle consiste dans des choses déterminées ; les biens sont rendus autonomes et la fondation possède la revendication contre le fondateur. Au contraire la disposition, qui ne consiste que dans la promesse d'une prestation, ne donne droit, après la concession de l'autorisation, qu'à une simple action, dans le cas où le but de la fondation est une *pia causa* ; si la *pia causa* n'existe pas, le fondateur ne peut pas être contraint d'exécuter sa promesse, parce qu'il n'existe pas un sujet de droit qui puisse le contraindre.

Demelius (3) explique la transmission du patrimoine

(1) *Die Genossenschaftstheorie u. die deutsche Rechtsprechung*, p. 171.

(2) *Op. cit.*, p. 208.

(3) *Jher. Jahrb.*, t. IV, p. 143.

de la fondation de cette manière : « Il existe en dehors de la *traditio* et de la *derelictio* encore une troisième manière de transmettre le patrimoine : la consécration pour l'existence d'un patrimoine d'affectation. L'acte de fondation constitue une *causa dominii transferendi et obligandi*. Dans aucun cas cette transmission ne peut être faite par un contrat et en particulier par une donation.

Hölder (1) prétend que la fondation ne peut être créée par la volonté individuelle du fondateur, mais par le fait que la volonté générale de la société fait sien le contenu de la volonté du fondateur. La création d'une fondation n'est pas une donation, car il n'existe pas une personne à laquelle on puisse adresser la donation. D'après Schlossmann (2), l'acte de fondation est une libéralité, mais il la distingue de la donation. (3)

D'après notre opinion, la fondation est souvent un acte de libéralité ou une disposition gratuite (4), car créer une fondation signifie presque toujours pour le

(1) *Pandekten*, t. I, p. 124.

(2) *Op. cit.*, p. 49.

(3) Parmi les autres auteurs, qui n'admettent pas la théorie de la donation, nous citons : Planck, *op. cit.*, § 81, Nr. 1, Stintzing, *Arch. f. civ. Praxis*, t. 88, p. 421, Karlowa, *op. cit.*, p. 415, Dernburg, *Bürgerl. Recht*, § 92 VII, Bekker, *Pandektenrecht*, t. I, p. 277.

(4) La disposition gratuite ou la donation dans le sens large est, d'après l'art. 32 de la loi des faillites, toute disposition du patrimoine du débiteur, pour laquelle celui-ci ne reçoit pas une contre-prestation égale en valeur. Le caractère commun des fondations et des donations se trouve dans les motifs de l'acte et non pas dans le caractère. La fondation est un *negotium sui generis*, qui, à cause de l'identité de motifs économiques, peut avoir une certaine ressemblance avec la donation.

fondateur une diminution de patrimoine. La fondation ne peut pas être une donation dans le sens strict, parce que cette donation est toujours un contrat. Kohler, quoiqu'il considère l'acte de fondation comme un acte unilatéral, admet quand même la possibilité que cet acte contienne une donation. Cette opinion trouve son explication dans le fait que Kohler donne une fausse définition de la donation, qui fait entrer dans la même notion la donation au sens strict et la donation au sens large ou l'acte de libéralité. On doit reconnaître qu'il y a une certaine similitude d'une part entre la fondation qui dispose sur des droits, pour la transmission desquels le contrat de cession suffit et la donation réelle, et d'autre part entre la fondation qui dispose sur des droits, qui ne peuvent pas être transmis par un simple contrat de cession et la promesse de fondation. Si la fondation était une donation, elle aurait le libre droit de disposition sur son patrimoine, tandis que le fondateur perdrait complètement tout pouvoir de disposition. Mais au contraire, on assure à la volonté du fondateur, fixée dans l'acte de fondation, une souveraineté permanente, et elle devient la loi qui réglemente l'utilisation du patrimoine. Et puis, en ce qui concerne la cause de l'acte de fondation, on doit observer que le fondateur n'agit pas toujours par un esprit de libéralité. Il se peut très bien que l'acte de fondation ait comme fondement une *causa solvendi* ou une *causa conditionis implendae*. Par rapport à cette cause, l'acte

de fondation est complètement abstrait (1), et la fondation n'est qu'une prestation. L'acte de fondation reste valable même si la cause que le fondateur a eu en vue n'existe pas, tandis que la donation est nulle, si la cause manque. Le fondateur peut s'obliger par un contrat envers un tiers à créer une fondation, et malgré cela il peut révoquer la fondation. Et d'autre part, si le fondateur s'est obligé par erreur à la création d'une fondation, il ne peut plus la révoquer après la concession de l'autorisation. Quand il a conclu un contrat en faveur de la fondation comme tiers, il ne peut pas opposer à la fondation autorisée les mêmes exceptions qu'il aurait pu opposer au contractant. Toutes ces conséquences découlent du fait que la fondation n'a pas besoin d'une cause. Au contraire, la donation est un acte causé.

D'après Gerber (2) les destinataires de la fondation sont des donataires. Il considère l'acte de fondation comme une promesse de donation envers les destinataires. Mais du moment que la promesse de donation doit être acceptée par le donataire, la fondation ne deviendrait parfaite que dans l'instant où les destinataires reçoivent les revenus de la fondation. En dehors de cela, le patrimoine consacré appartient à la fondation et non pas aux destinataires. (3)

Enfin il existe des fondations, dans lesquelles les

(1) Stintzing, *op. cit.*, p. 409.

(2) *Op. cit.*, p. 428.

(3) R.G.E., t. V, Nr. 37 ; d'une autre opinion Jhering, *Geist des cõm Rechts*, t. II, p. 334.

destinataires ne sont pas connus par le fondateur ou n'existent même pas. Ce sont les fondations impersonnelles : les fondations religieuses, comme les fondations de messes, puis les fondations en faveur d'un monument, d'un parc, d'un musée, avec la disposition qu'ils deviennent une *res communis*, sont des exemples de cette catégorie. Il est évident qu'on ne peut pas parler d'une acceptation des destinataires pour les fondations religieuses. Mais c'est la même chose pour les fondations qui sont destinées au public, car il est impossible de considérer tout visiteur du parc ou du musée comme donataire. L'élément subjectif de la donation, la conscience pour le donataire qu'il reçoit une donation, manque ; de même, l'élément objectif, l'enrichissement du donataire.

CHAPITRE III

La Fondation entre vifs

SECTION I

L'acte juridique de fondation

La doctrine n'est pas d'accord sur le contenu de l'acte de fondation entre vifs. D'ailleurs, le Code ne contient aucune prescription. Il dit seulement dans l'art. 85 que les statuts sont déterminés par l'acte de fondation, dans la mesure où il n'y a pas des lois impératives de l'Empire ou des Etats. Il faut donc résoudre le problème en se rapportant à la nature et au but de l'acte de fondation. En général, on considère comme nécessaire pour l'existence de l'acte de fondation une

volonté de fonder, un but de la fondation, une organisation et une disposition de patrimoine. (1) Nous allons examiner ces quatre éléments.

Le premier élément c'est la volonté du fondateur de créer une fondation autonome. Cette volonté doit être déclarée ; sans déclaration, la volonté n'a aucune valeur juridique, parce que comme phénomène interne elle ne peut pas se manifester à l'extérieur. La déclaration doit être faite par écrit ; la simple forme écrite suffit, même quand le patrimoine de la fondation contient des immeubles. Le premier projet, art. 58, exigeait la forme authentique ; cette condition trouvait sa justification dans la grande importance qu'a le contenu de l'acte de fondation, surtout les dispositions sur l'administration, l'utilisation du patrimoine et les organes représentatifs, pour toute la durée de l'existence de la fondation (2) ; en même temps c'est une garantie qu'il existe une déclaration de volonté réelle du fondateur. La commission du Reichstag (3) décida que la forme écrite est suffisante, en considérant l'autorisation de l'Etat comme une garantie assez sérieuse pour la certitude de la déclaration de volonté.

L'acte de fondation ne peut être dressé que par une personne capable ou à capacité réduite avec le consentement du représentant légal ; il ne peut être fait par

(1) Demellius, *op. cit.*, p. 144, Planck, *op. cit.*, § 81, note 2, Dernburg, *Das bürgerl. Recht*, t. I, p. 281.

(2) *Motive*, t. I, p. 119.

(3) *Materialien*, t. I, p. 962.

un incapable ou par son représentant. (1) Il doit déterminer le domicile de la fondation, parce que c'est le domicile qui fixe la compétence de l'Etat confédéré ou du Conseil fédéral pour donner l'autorisation (Art. 80). On considère comme domicile de la fondation, dans le cas où l'acte de fondation ne contient aucune précision, le lieu où l'administration est centralisée, c'est-à-dire le lieu où le but de la fondation est réalisé (Art. 80). La fixation du domicile ne peut pas être faite par des dispositions supplétives de la législation des Etats, parce que le domicile de la fondation doit déjà être fixé pour résoudre la question de la compétence de l'Etat confédéré.

La volonté déclarée de créer une fondation autonome et capable ne suffit pas pour donner naissance à la fondation. Cette volonté doit être individualisée et cette individualisation est réalisée par la fixation du but de la fondation qu'on veut créer. Il y a des auteurs dans le droit commun, qui demandent que le but soit une *pia causa* et qu'il soit perpétuel. Mais le droit commun admet l'existence des fondations de famille, dont le but n'est pas d'intérêt général. On doit admettre aussi l'existence des fondations pour des buts passagers. (2) Rehbein déduit la nécessité des buts permanents par opposition à la collecte par contribution publique de l'art. 1914 et à cause de l'art. 86, qui demande l'existence d'un organe de direction ; mais il existe des asso-

(1) D'autre opinion Planck, *op. cit.*, t. I, p. 153, qui admet la possibilité d'un acte de fondation par représentant.

(2) Kohler, *op. cit.*, p. 232.

ciations qui ont besoin d'un organe de direction et qui sont créées quand même pour des buts passagers. Mais en réalité la plupart des fondations existent pour des buts permanents. Le but peut être de n'importe quelle nature, mais il doit être moral et en conformité avec le droit positif.

La fondation, en sa qualité d'organisation sociale, est, de même que l'Etat, incapable d'exercer ses droits ; elle a besoin, par conséquent, pour participer au commerce juridique, d'un représentant, c'est-à-dire d'un organe qui doit agir à sa place. On considère comme organes de la fondation les personnes physiques, qui, en vertu d'une autorisation légale ou spéciale, se trouvent dans un tel rapport avec la fondation que leur volonté et leurs actes sont considérés comme la volonté et les actes de la fondation, c'est-à-dire que la fondation dans la réalisation de la volonté du fondateur peut agir par ces organes conformément aux statuts. (1)

La constitution statutaire d'une fondation est la totalité des dispositions, qui se rapportent au but, à l'administration, à la détermination des destinataires, de même qu'à la transformation, à l'extinction de la fondation et à la dévolution du patrimoine. L'art. 85 dispose : « Les statuts d'une fondation sont déterminés par l'acte de fondation, dans la mesure où il n'y a pas des lois impératives de l'Empire ou des Etats.

1. Les dispositions de la législation d'Empire, qui

(1) Voir Jellinek, *System*, p. 246.

se réfèrent au droit de l'association sont contenues dans l'art. 86, c'est-à-dire :

La fondation doit avoir un organe de direction ; l'organe a les pouvoirs d'un représentant légal, mais ces pouvoirs peuvent être limités (Art. 86, 26). Dans la mesure où l'acte de direction ne contient pas de disposition sur la nomination de l'organe de direction, c'est la législation des Etats qui décide. La fondation est responsable des dommages que ses représentants légaux causent aux tiers dans l'exécution des dispositions statutaires (Art. 86, 31).

L'organe de direction doit demander en cas d'insolvabilité l'ouverture de la faillite, sinon il est responsable des dommages causés aux tiers par le retard de la demande (Art. 86, 42).

Si l'administration n'est pas confiée à une autorité, les dispositions de l'art. 28, al. 2, d'après lequel il suffit de transmettre à un membre de la direction les déclarations de volonté, qui doivent être dirigées à la fondation et de l'art. 29, qui dispose que le tribunal compétent a le droit de nommer dans certaines circonstances et pour un temps déterminé les membres de la direction, sont impératives.

2. Les dispositions des lois des Etats se réfèrent au droit de surveillance de l'Etat et à la transformation et dissolution de la fondation.

3. A côté de ces dispositions impératives, la volonté du fondateur, exprimée dans l'acte de fondation, est souveraine en première ligne pour la détermination des statuts. Les lois dispositives de l'Empire ou des Etats

ne font que combler les lacunes de l'acte de fondation. Le fondateur détermine d'abord le nom, le but et la durée de la fondation. Il peut prendre des dispositions sur la nomination de l'organe de direction, en confiant l'administration de la fondation soit à des personnes privées, soit à une autorité (Code prussien II, 19 art. 35). Le fondateur a le droit de déterminer la manière dont on doit compléter l'organe de direction, quand un de ces membres est mort ou démissionné. Dans le cas où le fondateur ne fait pas usage de ces droits, l'État peut prendre les dispositions qui manquent (Code prussien, II, 19 art. 35-36). L'administration d'une fondation, qui ne sert pas aux intérêts d'une famille, n'est pas déférée dans ce cas à une autorité judiciaire, mais à une autorité administrative. Si l'acte de fondation dispose que l'administration doit être confiée à une autorité judiciaire, c'est le tribunal du domicile de la fondation qui est compétent.

Si les statuts décident que la fondation sera administrée par des personnes privées, on doit alors appliquer, dans le cas où il n'y a pas des dispositions spéciales, conformément à l'art. 27, alinéa 3, les règles sur l'administration d'une association, c'est-à-dire on applique les art. 664-70 du Code civil sur le mandat. Si l'administration est dirigée par une autorité publique, on applique les règles générales du droit public.

Il est possible que le fondateur se réserve certains droits, par exemple qu'il constitue lui-même pendant sa vie l'organe de direction ou, s'il a confié l'adminis-

tration à d'autres organes, qu'il se réserve le choix des destinataires de la fondation.

La possibilité pour l'Etat de compléter les dispositions du fondateur, surtout de déterminer l'organe de direction, est d'une importance spéciale. Dans beaucoup des lois d'exécution du Code, on a pris des dispositions pour le complément de l'acte de fondation. Mais la certitude avec laquelle la législation a affirmé la possibilité de ce complément, n'est pas reconnue par la doctrine. Le fondement juridique de ce droit diffère suivant les auteurs, et il en existe même qui le nient complètement. (1)

Si on veut arriver à un résultat certain sur ce problème, on doit avant tout fixer quel est le rôle de la volonté du fondateur dans la création de la fondation. Si cette volonté détermine seule la manière dont la fondation est créée, on peut admettre avec difficulté un complément de cette volonté. L'art. 80 considère comme des conditions de la naissance de la fondation, l'acte de fondation et l'autorisation de l'Etat. On pourrait conclure de cet article qu'un troisième élément, et par conséquent aussi le complément des statuts par un acte de l'Etat, soit exclu. Mais cette conclusion est fausse : l'art. 80 ne désigne que les conditions de la création de la fondation, mais n'énumère pas d'une manière limitative les faits juridiques qui peuvent contribuer à cette création. Le complément de l'acte de fondation par l'Etat n'est pas un élément nécessaire de la création et

(1) Dernburg, *op. cit.*, p. 281.

par conséquent ne devait pas être énuméré dans l'art. 80.

Mais en écartant cette difficulté formelle, nous n'avons pas encore atteint notre but. Il est possible que l'acte de fondation détermine seul la manière dont la fondation doit être constituée, car l'autorisation de l'Etat n'ajoute rien au contenu de l'acte de fondation. Il semble donc que l'acte de fondation soit la source unique pour toutes les dispositions des statuts. On est d'accord pour admettre qu'une fondation puisse exister sans une organisation ; l'existence des organes n'est pas une condition pour l'aptitude de la fondation d'être sujet de droits et d'obligations. Par conséquent, une réglementation de l'organisation dans l'acte de fondation ne serait pas nécessaire d'un point de vue logique. Mais le droit positif peut réclamer certaines conditions, même sans une nécessité logique ; en effet, le Code prescrit d'une manière impérative un minimum d'organisation, en renvoyant dans l'art. 86 à l'art. 26, qui dispose : « L'association doit avoir un organe de direction ».

Certainement qu'une nomination directe de cet organe dans l'acte de fondation n'est pas nécessaire ; il suffit d'indiquer le moyen par lequel on peut arriver à cette nomination. On peut, par exemple, laisser ce soin à un tiers, à l'Etat ou à une autorité. (1) On a cherché à fonder sur ce point de vue le droit de l'Etat

(1) Biermann, *Bürgerl. Recht*, t. I, p. 516.

de compléter les lacunes de l'acte de fondation (1); l'absence d'une disposition sur l'organe de direction signifie l'abandon tacite de cette nomination à l'Etat. Tout fondateur, s'il avait à choisir entre l'inefficacité de son acte de fondation à cause de l'absence de nomination de l'organe de direction, ou de l'efficacité de cet acte par le complément de l'Etat, choisirait cette dernière situation. Mais cette interprétation est basée sur une hypothèse qui dépasse la volonté réelle du fondateur, en la remplaçant par une volonté probable, que le fondateur n'a pas eu le plus souvent.

Le droit de complément de l'Etat, concernant la désignation de l'organe de direction, doit s'appuyer sur une disposition du Code. (2) Nous devons examiner, si l'art. 85 ne peut pas offrir le fondement juridique de ce droit de complément. Il est interprété généralement dans le sens que les législations des Etats peuvent édicter des règles normatives sur les statuts de la fondation, de même que le Code l'a fait dans l'art. 86. Ces règles ne peuvent pas fonder le complément des lacunes de l'acte de fondation par l'Etat. Mais l'art. 85 ne dispose pas seulement que les législations des Etats doivent avoir la liberté de donner à côté des règles impératives et dispositives du Code d'autres règles ; son sens doit être plus large. Cet article désigne les lois de l'Empire ou des Etats d'un côté, l'acte de fondation de l'autre, comme les différents facteurs qui déterminent

(1) Kühlenbeck, *Bürgerl. Gesetzbuch*, t. I, p. 215.

(2) Leonhard, *Allgemeiner Teil*, p. 120.

la constitution d'une fondation ; mais ces facteurs doivent être équivalents, la loi doit pouvoir déterminer la constitution de la même manière que l'acte de fondation. Celui-ci n'établit pas seulement des dispositions sur la manière dont la constitution doit être organisée, mais les contient directement : il ne dit pas, par exemple, qu'il doit exister un organe de direction, mais désigne cet organe. Par conséquent, la loi, qui est assimilée à l'acte de fondation, doit pouvoir édicter la constitution directement, c'est-à-dire déterminer quel est l'organe de direction et non pas seulement par des prescriptions, comme le fait l'article 86. Certainement, elle ne le fera pas comme l'acte de fondation pour une seule fondation, mais pour une catégorie des fondations. Cette catégorie contient les fondations, dont l'acte de fondation ne contient aucune disposition sur l'organe de direction. Il n'y a aucune différence entre le cas où la loi détermine elle-même l'organe de direction et le cas où elle confie cette tâche à une autorité, de même que le fondateur peut confier à un tiers la désignation de l'organe.

Si la loi peut déterminer directement la constitution, il n'est pas nécessaire qu'il existe une disposition dans l'acte de fondation. Quand l'article 85 dispose que la constitution d'une fondation repose sur les lois de l'Empire ou des États, cela signifie que la loi peut réglementer la manière dont les organes d'une fondation sont désignés. Les lois des États peuvent, en vertu de l'article 85, réglementer la nomination des organes de direc-

tion même avant l'autorisation de la fondation, quand l'acte de fondation ne contient aucune disposition.

Un des problèmes fondamentaux du droit des fondations, c'est la question de savoir si l'acte de fondation doit contenir une disposition de patrimoine. Dans le langage courant, quand on parle de la création d'une fondation, il s'agit d'un patrimoine dont le fondateur se dessaisit en faveur d'une fondation. Quant au Code, il ne parle d'un patrimoine de la fondation que dans l'article 82, en mentionnant l'obligation du fondateur « de transmettre le patrimoine promis dans l'acte de fondation ». Donc, l'obligation de transmettre n'existe que dans le cas de promesse de la part du fondateur ; le Code ne dit pas que le fondateur est obligé de promettre le patrimoine, par conséquent que l'acte de fondation doive contenir une disposition de patrimoine. Il a laissé cette question à la décision de la doctrine.

La solution de ce problème est en relation intime avec le problème sur la théorie juste de la personne juridique. Suivant la théorie qu'on adopte sur la personne juridique, et par conséquent sur la nature de la fondation, on arrive à des solutions différentes sur la nécessité de la disposition dans l'acte de fondation.

Les auteurs, qui considèrent la fondation comme un patrimoine personnifié, affirment la nécessité de la disposition ; car, d'après cette théorie, le patrimoine c'est la fondation. Mais nous ne pouvons pas approuver cette personnification du patrimoine ; il est impossible d'expliquer par cette conception la création de la fondation : car le patrimoine comme sujet ne peut jamais s'acquérir

lui-même comme objet. Si, au contraire, on considère la volonté du fondateur comme sujet, on admet que la fondation peut être créée sans un patrimoine.

Parce que la notion de disposition de patrimoine est envisagée de différentes manières, nous devons d'abord la préciser. Par une disposition de patrimoine, on doit comprendre un acte juridique, qui précède la naissance de la fondation (1) ; pour une disposition qui est postérieure à la création de la fondation, le problème manquerait d'objet, parce qu'une telle disposition ne peut jamais appartenir à l'acte juridique qui crée la fondation, et même les auteurs, qui ne reconnaissent pas la nécessité du patrimoine, admettent que dans la plupart des cas il s'ensuit une disposition du patrimoine, après que l'acte de fondation a été dressé. Nous arrivons donc à cette définition : *la disposition de patrimoine est l'acte juridique, qui a comme effet d'assurer un patrimoine à la fondation, au moment de sa naissance*. Nous allons examiner de plus près les différentes théories, qui affirment ou qui nient la nécessité de la disposition.

D'après Planck, la disposition de patrimoine est « une partie intégrante de l'acte de fondation ; on ne doit pas créer des sujets de droit artificiels poursuivant certains buts, sans qu'il existe un patrimoine pour la réalisation de ces buts » (2).

Meurer demande l'existence d'un patrimoine pour des motifs d'ordre pratique ; l'acte de fondation est la

(1) Eck, *Vorträge über das Bürgerl. Gesetzbuch*, t. I, p. 90.

(2) *Op. cit.*, § 81, note 2.

constitution d'un patrimoine pour un but déterminé. Fonder signifie séparer et consacrer un patrimoine. « Le patrimoine est un élément tellement indispensable de la création de la fondation qu'on a souvent identifié le patrimoine avec la fondation même, tandis que le patrimoine de l'association a seulement le caractère d'une acquisition postérieure » (1).

Karlowa (2) arrive au même résultat par ces considérations : tout sujet de droit doit s'appuyer sur une force existante, par laquelle il peut poursuivre ses intérêts. La simple volonté du fondateur n'est pas un appui suffisant.

De même, Schlossmann (3), qui demande l'existence d'un patrimoine pour les fondations comme pour les sociétés par actions. Un argument d'ordre juridique le conduit à cette opinion : la nécessité d'éviter le préjudice aux tiers, qui entrent en relation avec la fondation.

Kohler demande au fondateur qu'il transmette un patrimoine à la fondation : « L'acte personnel de fondation et la disposition réelle de la chose s'ensuivent par un seul acte de création. Tandis que je crée le sujet de droit, je lui donne en même temps l'objet : je crée l'institution, qui se sépare tout de suite en sujet et en objet » (4).

Mais il y a un nombre assez considérable d'auteurs, qui soutiennent l'opinion contraire, c'est-à-dire que le

(1) *Juristische Personen*, p. 248.

(2) *Op. cit.*, p. 144.

(3) *Op. cit.*, p. 25.

(4) *Op. cit.*, p. 235.

patrimoine n'est pas un élément essentiel de l'acte de fondation. Ces auteurs considèrent que la fondation a comme but principal la création d'une personne juridique ; qu'au contraire le patrimoine n'appartient pas à sa nature juridique et que la fondation peut prendre naissance sans une disposition de patrimoine.

D'après Oertmann (1), la solution du problème est difficile. En tout cas, il est certain qu'une simple créance sur le patrimoine consacré suffit, conformément à l'article 82. En ce qui concerne le problème, si le patrimoine lui-même est absolument nécessaire, la réponse est douteuse ; mais pour quelles raisons l'organisme social de la fondation ne pourrait pas exister sans patrimoine actuel, du moment qu'un individu existe comme sujet de droit dans ces conditions ?

D'après Staudinger (2), il suffit que le fondateur indique le moyen par lequel la fondation peut acquérir le patrimoine nécessaire pour la réalisation de ses buts. La fondation peut prendre naissance sans un patrimoine, mais parce que sa tâche est de réaliser un but déterminé par l'emploi d'un patrimoine, elle ne peut pas durer sans ce patrimoine.

Bekker (3) soutient qu'une volonté privée peut créer une personnalité juridique par la simple indication des intérêts généraux qui constituent le but ou le centre du futur patrimoine, sans qu'il soit nécessaire d'une disposition actuelle de patrimoine.

(1) *Kommentar*, t. I, § 80, note 9.

(2) *Kommentar*, § 80.

(3) *System des heutigen Privatrechts*, t. I, p. 279.

Stintzing (1) sépare l'acte de fondation en l'acte créateur d'une personnalité et en la disposition de patrimoine. Quoique les deux actes constituent un tout unitaire, l'effet juridique qui donne naissance à la personne juridique doit précéder à l'effet de la disposition. Car, pour pouvoir acquérir la disposition, la fondation doit être capable.

D'après Hölder (2), le moyen pour la réalisation d'un certain but n'est pas seulement l'existence d'un patrimoine consacré à ce but, mais aussi la possibilité qu'un tiers pourrait disposer d'un patrimoine en sa faveur. La création d'une fondation ayant capacité juridique est la création de cette possibilité.

D'après notre opinion, il est vrai qu'une fondation doive posséder certains moyens, par lesquels elle pourra réaliser le but imposé par le fondateur. Mais ce but ne peut pas être atteint seulement par des moyens pécuniaires. Une fondation sans patrimoine n'est pas identique à une fondation incapable, qui ne peut pas réaliser son but. Les organes administratifs peuvent éveiller l'attention du public et recourir à son esprit de bienfaisance, par exemple par des collectes périodiques. Il est tout à fait indifférent, si le patrimoine vient du fondateur ou d'un tiers.

Les auteurs, qui soutiennent la nécessité du patrimoine pour la création d'une fondation, prétendent que la perspective de l'acquisition d'un patrimoine n'est pas

(1) *Op. cit.*, p. 404.

(2) *Allgemeiner Teil*, p. 189.

un fondement suffisant pour la réalisation du but. L'Etat, qui donne son autorisation, garantit que la fondation exécutera ses obligations envers les tiers ; si la fondation n'acquiert pas le patrimoine, les tiers subiront des préjudices. Cette argumentation n'est pas convaincante. Celui qui veut conclure un acte juridique avec la fondation doit s'intéresser à sa solvabilité, de même qu'il le fait pour une personne naturelle. Et, d'autre part, le péril existe pour l'Etat même, quand il a autorisé une fondation possédant un patrimoine, d'approuver en réalité une fondation sans patrimoine et incapable de vivre. Il peut arriver que le fondateur ne possède pas le patrimoine destiné à la fondation, ou que le patrimoine consacré ne soit pas suffisant à la réalisation du but. Si on demande l'existence d'une disposition de patrimoine, il est impossible de fixer un minimum à cause de la multiplicité des buts, qui peuvent être réalisés par une fondation (1). Oertmann (2) cite d'ailleurs le cas d'une fondation sans patrimoine, qui a obtenu l'autorisation de l'Etat : c'est la « Fondation scientifique d'Hambourg ».

Par conséquent, on arrive à la conclusion que le patrimoine n'est pas un élément essentiel, quant à la création de la fondation ayant capacité juridique. L'acte de fondation ne doit pas contenir une disposition de patri-

(1) Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, p. 244.

(2) *Op. cit.*, p. 214.

moine ; mais nous reconnaissons qu'en général il contient cette disposition (1).

Examinons, à présent, la manière de disposer du patrimoine en faveur de la fondation. Les opinions sont partagées ; d'après une théorie, la fondation prend naissance du moment que le fondateur s'est obligé de transmettre le patrimoine ; d'après une autre, une séparation réelle du patrimoine de la fondation est nécessaire pour se distinguer du patrimoine du fondateur. L'opinion prédominante du droit commun demande une séparation réelle. Cette nécessité est exprimée sous des formes différentes : on parle d'une « autonomie d'une *universitas bonorum* » (2), d'une « tradition immédiate » (3), ou d'une « déclaration de fondation exécutée » (4),

D'après Schlossmann (5), la séparation du patrimoine consacré à la fondation s'accomplit de cette manière : le fondateur transmet aux organes de la fondation la possession des biens, qui doivent appartenir à la fondation. Au contraire, Kohler (6) admet l'existence de la fonda-

(1) M. Ferrara, dans son *Trattato di diritto civile*, t. I, p. 611-12, dont nous n'avons pris connaissance qu'au dernier moment, se rallie à la doctrine qui considère le patrimoine comme un élément non essentiel de l'acte de fondation. Il reconnaît que le fondateur consacre d'habitude un patrimoine, qui assure une existence durable à la fondation, mais ce patrimoine pourrait aussi être recueilli par les dons ou legs des tiers. Le contenu essentiel de l'acte de fondation n'est donné que par la détermination du but de la fondation et par la volonté déclarée du fondateur de créer une personnalité autonome.

(2) Roth. *Op. cit.*, p. 205.

(3) Gerber. *Op. cit.*, p. 363.

(4) Bolze, *Begriff der juristischen Personen*, p. 194.

(5) *Op. cit.*, p. 29.

(6) *Op. cit.*, p. 238.

tion, du moment que le fondateur a déclaré sa volonté, sans doter réellement la fondation ; la simple promesse d'un patrimoine suffit.

Stintzing (1) voit aussi dans l'acte de transmission du patrimoine une simple obligation, et d'après lui la fondation se trouve dans la même relation avec le fondateur que le délégué avec le déléguant. Le fondateur délègue la fondation de remplir un certain but. Il compare ce phénomène juridique à la *delegatio liberti* du droit romain. L'affranchi promettait d'habitude au patron certains services, les *operae*. Celui-ci pouvait déléguer les *operae* à un tiers ; si l'affranchi avait promis les *operae*, c'était le tiers qui avait le droit et non pas l'affranchisseur. Si l'affranchisseur a fait une disposition de patrimoine, on a des *operae officiales*, sinon des *operae inofficiales*. De même, les *operae* de la fondation sont *officiales* ou *inofficiales*, selon qu'il existe ou non une disposition de patrimoine. L'obligation de la fondation envers les destinataires consiste dans l'administration du patrimoine de la fondation dans l'intérêt de ceux-ci. Par égard à ces *operae*, les destinataires sont des délégataires. Si la fondation a fait des dépenses pour réaliser son but, le fondateur est obligé *re*. Si le fondateur n'a pas consacré un certain patrimoine à la fondation, mais lui a ordonné une certaine activité, la fondation a un recours en indemnité contre le fondateur. La disposition du fondateur remplit donc une double fonction : elle donne à la délégation de la fondation par le fondateur

(1) *Op. cit.*, p. 421 et suivantes.

l'étendue, et limite en même temps la créance en indemnité. Stintzing reconnaît lui-même qu'il existe une certaine différence entre la délégation de la fondation et la délégation du Code. Elle consiste dans une prestation différente, et dans l'indétermination des destinataires comme délégataires.

D'après notre opinion, on ne peut pas appliquer à la fondation la notion de la délégation. Celle-ci est une déclaration de volonté impliquant réception, tandis qu'à cause de l'indétermination des destinataires on ne peut pas parler d'une acceptation de la déclaration de fondation. En général, les destinataires n'ont pas un droit contre la fondation, tandis que si le délégué a accepté la délégation, il doit exécuter la prestation envers les délégataires. Enfin, l'autorisation de l'Etat rend la fondation irrévocable, par conséquent l'article 790 (1) n'est pas applicable.

En général, quoiqu'il semble qu'une créance contre le fondateur soit un substrat insuffisant pour la fondation, la collaboration de l'Etat à l'acte de fondation donne un certain fondement à cette créance. On ne peut pas exiger une séparation réelle du patrimoine parce qu'elle ne serait pas d'accord avec le droit de révocation du fondateur.

(1) Le déléguant peut révoquer la délégation vis-à-vis du délégué, tant que celui-ci ne l'a pas acceptée vis-à-vis du délégataire ou n'a pas effectué la prestation.

SECTION II

L'Autorisation de l'Etat

Bien que pourvue de ses éléments essentiels, la fondation n'arrive jamais de plein droit à la personnalité juridique. Dans la presque totalité des pays, une impulsion officielle est nécessaire pour la mettre en mouvement, et c'est toujours ou le pouvoir législatif, ou le pouvoir exécutif, qui lui octroie la vie juridique.

Les différentes conceptions qu'on se fait de cette intervention gouvernementale, dépendent du point de vue sous lequel on considère la nature juridique de la fondation. Pour les partisans de la théorie de la fiction, l'Etat se révèle comme seul dispensateur de vie « artificielle ». *Homo non potest fingere, sed lex fingit*. Comment la volonté privée aurait-elle ce pouvoir exorbitant de donner essor à un nouvel être, à l'insu de l'Etat ?

« L'homme, dit Savigny, porte déjà en lui-même, dans son apparition corporelle, son droit à la capacité, mais rien ne légitime un transport fictif de cette capacité naturelle sur un sujet idéal. Seule, la volonté de la puissance publique peut suppléer à cette impossibilité, en créant des sujets de droit artificiels » (1). En France, Laurent (2) et Baudry (3) sont de la même opinion.

Tous ces auteurs appuient leurs théories sur le droit romain. Mais l'erreur est de rapprocher deux institu-

(1) *Syst. des heutigen röm. Rechts*, t. II, p. 277.

(2) *Droit civil*, t. I, Nr. 299.

(3) *Droit civil*, t. I, p. 203.

tions séparées par des siècles, et dont le fondement juridique est différent.

Tant que le droit romain ne connut que la *pia causa*, englobée dans les institutions de l'Eglise, il n'y avait pas de fondations au sens moderne du mot et par conséquent pas de possibilité d'une ingérence officielle. Mais, dès que la *pia causa* se fut dérobée à la tutelle de l'Eglise, elle revendiqua une personnalité propre et fut, comme toute organisation corporative, soumise au bon vouloir du prince ou de l'évêque en droit canon.

Les édits de Louis XV et de Frédéric-le-Grand, les lois allemandes d'amortissement, les avis du Conseil d'Etat français, concessionnaire de l'autorisation jusqu'en 1901, n'avaient d'autre mobile que de mettre un frein à l'expansion dangereuse des fondations, qui sous prétexte de bienfaisance accumulaient et immobilisaient les biens au détriment de la famille et de la société. Un grand nombre de celles, dont l'utilité pourrait être à bon droit suspectée, essayèrent de se constituer au mépris de la loi. C'est alors que l'Italie supprima, en 1873, les congrégations religieuses, tandis que la France, par une loi de 1901, les rappelait à l'ordre et redoublait de rigueur à leur égard.

Ainsi, de tout temps, ce furent essentiellement des préoccupations politiques et économiques qui incitèrent les Etats à imposer un contrôle. Faut-il s'étonner que le caractère de l'autorisation de nos jours soit purement administratif et de police et point juridique ?

Les législations s'en remettent à l'Etat du soin de refuser toute vie juridique aux œuvres construites sur

des abus, quelle que soit la pureté des intentions qui les ont fait naître. L'Etat, détenteur de la prospérité publique, est le mieux désigné pour juger la portée sociale d'une œuvre, et comme la loi ne peut pas, en présence de la variété des besoins et des aspirations de l'homme, cataloguer les œuvres utiles et nuisibles, on est obligé de laisser l'Etat arbitre suprême de ses intérêts. C'est encore lui qui enrayera les débordements de la redoutable mainmorte. Enfin, sans la collaboration de l'Etat, les buts, que le fondateur a imposé à sa création, peuvent être compromis après sa mort. Par le fait que l'Etat accorde son autorisation, il met la fondation sous sa protection et sous son contrôle.

« Il est déjà une chose extraordinaire, dit Kohler, qu'on laisse produire des effets juridiques aux actes de l'individu après sa mort, et le testament est une conquête de l'individualisme contre la nature sociale du patrimoine. Mais c'est encore une plus grande exaltation de la personnalité, quand on lui donne le pouvoir de fixer des lois et de déterminer des buts à un patrimoine non seulement pour le lendemain de la mort, mais pour toute époque à venir. L'avenir doit être défendu contre le présent. D'où s'ensuit la disposition de la plupart des législations : les fondations doivent être autorisées par l'Etat. » (1.)

Les collectivités juridiques peuvent au regard de l'autorité exécutive ou législative occuper trois degrés d'au-

(1) Kohler, *op. cit.*, p. 234.

tonomie différente, découlant de l'application de trois systèmes :

1° Le système de la concession, en vertu duquel la collectivité n'est investie de la capacité juridique que par un acte du pouvoir public ;

2° Le système de la liberté corporative, qui permet aux individus de se grouper librement, et de constituer une personne juridique, dès que leur volonté de s'organiser corporativement a été suffisamment manifestée ;

3° Le système de l'enregistrement, système mixte, qui enlève à la hauteur de collectivité de droit, moyennant une simple immatriculation dans un registre, l'association qui remplit certaines conditions légales.

Ces trois procédés peuvent être consacrés à la fois ou partiellement par la même législation. Ainsi, en France, le premier s'impose indistinctement à toutes les collectivités juridiques, quelle qu'en soit la nature et le but, tandis qu'il ne concerne en Allemagne que la fondation et la société financière (art. 22 et 80).

La Commission du Code allemand hésita longuement avant de modifier le premier projet, étendant à la *Stiftung* le principe de l'enregistrement, adopté non sans peine du reste pour l'association à but idéal (1). Mais elle revint de sa première décision, arguant qu'il y avait lieu de se défier davantage des fondations perpétuelles et n'osant pas brusquer les principes traditionnels.

Jusqu'à l'introduction du Code civil, il y avait des

(1) *Protokolle*, t. I, p. 491 et 500.

controverses dans le droit commun sur les éléments nécessaires à la création d'une fondation. On discutait si un acte de volonté privée est suffisant pour la création des fondations ou s'il est nécessaire que cet acte soit autorisé par l'Etat. Les partisans de cette dernière théorie, Savigny (1), Roth (2) et Pfeifer (3), fondent leur opinion sur l'argument que la capacité juridique d'un sujet de droit suppose sa reconnaissance par l'ordre juridique. Les autres, comme Dernburg (4), Demelius (5), Beseler (6), considèrent au contraire qu'en vertu d'une règle générale, la consécration d'un patrimoine pour un but déterminé est suffisante. La jurisprudence (7) et les lois particulières ont consacré la doctrine de l'autorisation. Ainsi en Prusse, par la loi du 23 février 1870, article premier, l'autorisation du roi était nécessaire ; de même en Bavière, par l'ordonnance du 29 avril 1869, article 69, en Saxe par la loi du 15 juin 1868, article 6. Le Code civil a mis fin à cette controverse, en statuant que la fondation doit être autorisée.

L'article 80 dispose que « pour établir une fondation ayant capacité juridique, il faut, outre l'acte de fondation, l'autorisation de l'Etat confédéré dans le ressort duquel la fondation doit avoir son siège. Si elle ne doit pas voir son siège dans un Etat confédéré, il faut l'auto-

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 89.

(2) *Op. cit.*, p. 205.

(3) *Die Lehre von den jur. Personen*, p. 131.

(4) *Pandekten*, t. I, § 63,3.

(5) *Op. cit.*, p. 140.

(6) *Privatrecht*, § 72, Nr. 6.

(7) *Seufferts, Arch.*, t. XVIII, Nr. 4 ; XIX, Nr. 149 ; XXXV, Nr. 93.

risation du Bundesrath ». Le droit public de chaque Etat confédéré décidé sur la compétence de l'autorité, qui doit approuver la fondation (1). D'après ce droit, l'autorisation est avant tout une question de libre appréciation. Dans la commission du Reichstag on a demandé en seconde lecture une détermination : on ne doit pas refuser à une fondation l'autorisation, quand elle poursuit des intérêts généraux, quand les statuts répondent aux exigences de la loi et quand on lui a assuré un patrimoine, qui suffit à la réalisation du but. La demande a été repoussée, parce que cette disposition aurait empiété sur le droit réservé aux lois locales.

Quelle est la nature juridique de l'acte d'autorisation ? D'après Gierke (2), la volonté privée est l'unique source de création de la fondation ; son pouvoir créateur n'est pas enlevé par l'autorisation de l'Etat. Celui-ci ne prend pas la place du fondateur, mais ne fait que déclarer comme valable ou non l'acte de fondation. Au contraire, Endeman (3) considère l'autorisation comme le seul acte créateur de la fondation.

Mais ces deux opinions ne sont pas d'accord avec l'article 80 du Code, qui met à côté comme des facteurs

(1) Cette compétence est réglementée dans les différentes lois d'application du Code d'une manière différente, suivant les Etats : a) autorisation du souverain de l'Etat en Prusse, Bavière, Wurtemberg, Mecklenbourg, Hesse ; b) autorisation du Sénat dans les villes libres de Hambourg, Brême, Lubeck ; c) autorisation par une autorité administrative supérieure : Saxe et Brunswick.

(2) *Deutsches Privatrecht*, p. 56.

(3) *Lehrbuch des burgerl. Recht*, t. I, p. 211.

égaux contribuant à la création de la fondation, l'acte de fondation et l'autorisation de l'Etat.

Quoique l'acte de fondation ait comme but immédiat la création de l'organisme social, et l'autorisation de l'Etat, l'acquisition de la capacité juridique, les deux actes sont quand même des facteurs également essentiels de la création d'une fondation.

L'autorisation n'a pas un effet déclaratoire, mais plutôt constitutif, de même que l'acte de fondation. Elle n'a rien de commun avec la confirmation de l'article 182 ; elle n'est pas une déclaration de volonté privée, mais un acte de droit public. La volonté du fondateur est incorporée dans l'acte de fondation ; elle donne impulsion d'autoriser la fondation et non pas l'acte de fondation, comme le prétend Gierke (1), et de créer une nouvelle formation juridique. L'acte de fondation ne contient pas une force extraordinaire de l'individu, qui ne pourrait l'employer que dans sa qualité d'être social. On doit se libérer de cette surestimation injustifiée de la volonté, qui nous a été transmise comme un legs de l'école du droit naturel et des romanistes, sous la forme de la théorie de la volonté ou de la fiction. Par l'égalisation de ces deux actes dans l'article 80, on a retiré tout fondement à la théorie, que le contenu de l'acte de fondation dépasse les limites du droit privé.

Dans quelle mesure l'autorisation a-t-elle un effet confirmatif sur les vices de l'acte de fondation ? Le pro-

(1) *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 650.

blème en est assez discuté. L'opinion prédominante (1) ne considère pas que l'autorisation rend valable l'acte de fondation vicieux. Au contraire, des auteurs comme Hellwig (2) donnent un effet confirmatif et rétroactif à l'autorisation. L'opinion la plus juste serait celle du milieu ; on doit distinguer entre les deux éléments de l'acte de fondation : la création de la personne juridique et la disposition de patrimoine (3). La naissance de la personne juridique est le fait fondamental pour les tiers. Il n'est pas admissible qu'une instance judiciaire puisse se prononcer sur la valabilité de l'acte de fondation ; on aurait des décisions contradictoires : la fondation pourrait être déclarée valable par une instance et nulle par une autre. Hellwig (4), qui prétend que la personnalité juridique de la fondation doit être respectée jusqu'à ce que l'autorité compétente retire l'autorisation donnée, a une opinion plus juste. Le retrait de l'autorisation aura un effet *extunc* : les choses acquises par la fondation apparente resteront dans le patrimoine du fondateur ; les créanciers de la fondation n'auront aucune créance en l'absence d'un débiteur. Le retrait de l'autorisation est laissé, de même que l'octroi, à la libre appréciation de l'autorité. Elle ne supprimera pas la fondation, s'il existe des intérêts importants pour son maintien, par exemple dans le cas où elle a reçu

(1) Planck, *op. cit.*, p. 152, note 9, Staudinger, *Kommentar*, t. I, p. 311, Endemann, *op. cit.*, p. 213, Dernburg, *Das burgerl. Recht*, t. I, p. 314.

(2) *Grenzen der Rückwirkung*, p. 29.

(3) Tuhr, *Allgemeiner Teil*, p. 605.

(4) *Op. cit.*, p. 29.

des dotations importantes de la part des tiers ou si elle est entrée dans des relations juridiques qu'on ne peut résoudre qu'avec de grandes difficultés. Dans ce cas, on doit préférer l'existence de la fondation, créée d'une manière irrégulière, à la perturbation produite par sa suppression.

On doit distinguer la nullité de la disposition de patrimoine de l'inefficacité de l'acte créateur de fondation. Il s'agit ici d'un intérêt patrimonial du fondateur, de ses héritiers ou de ses créanciers ; la nullité de la disposition peut être demandée malgré l'octroi de l'autorisation. Le fondateur ou ses ayants-cause peuvent demander la restitution des choses données.

Quant à l'époque à laquelle l'Etat doit accorder son autorisation, on rencontre certaines difficultés, car nous devons résoudre la question si l'Etat peut donner son autorisation à une fondation, dont il a pris connaissance ou si, au contraire, il ne peut la donner sans le consentement exprès ou tacite du fondateur. Nous devons donc examiner si la requête du fondateur ou d'un tiers avec le consentement du fondateur est nécessaire pour l'octroi de l'autorisation, et par conséquent pour la naissance de la fondation.

Hölder (1) prétend que la requête est nécessaire à la perfection de l'acte de fondation, et qu'elle est partie constitutive de cet acte. L'opinion de Hölder n'est pas juste, car le fondateur a le droit de révocation même avant d'avoir transmis la requête d'autorisation (art. 81, al. 2).

(1) *Kommentar*, § 81, Nr. 1.

Si l'acte de fondation n'était pas parfait, tant que la requête ne serait pas transmise, un droit de révocation ne serait pas nécessaire. Il suffirait de laisser l'acte de fondation imparfait. L'existence du droit de révocation jusqu'à la transmission de la requête serait superflue. De même, si l'opinion de Hölder était juste, on ne pourrait pas expliquer l'obligation de l'héritier de respecter l'acte de fondation, dont la requête n'a pas encore été présentée, dans le cas prévu par l'art. 81, al. 2. Le mandat donné au notaire ou au tribunal de présenter la requête (1) ne peut pas le rendre équivalent à la présentation même.

Le Code ne décide pas si la requête est nécessaire à la perfection de l'acte de fondation ou si elle est seulement une condition formelle de la naissance de la fondation. Il résulte des dispositions du Code que la requête est l'expression de la volonté du fondateur pour obtenir l'autorisation de sa fondation.

Cette volonté peut se manifester par la requête formelle adressée à l'autorité, par le mandat donné au notaire ou au tribunal ou même par la simple ratification de la requête faite par un tiers. L'acte de fondation existe même avant la demande d'autorisation, mais il est, de même qu'un acte de dernière volonté, à la libre disposition du fondateur ; on ne doit pas le priver de ce droit. Par conséquent, l'autorité ne doit pas accorder

(1) Art. 81, al. 2.

l'autorisation sans la requête ou au moins le consentement du fondateur (1).

La requête appartient tout aussi peu à l'acte de fondation que l'autorisation même. L'acte de fondation existe même sans autorisation, et c'est lui qui crée l'organisme social de la fondation. L'autorisation doit être accordée seulement pour que la fondation acquière la capacité juridique. Si l'acte de fondation est parfait, il ne peut pas être anéanti par le refus de l'autorisation ; la seule possibilité de le détruire, c'est la révocation du fondateur. Par conséquent, le fondateur ou son héritier peuvent demander de nouveau l'autorisation sur le fondement du premier acte de fondation (2). Sans doute, on ne peut pas admettre que l'Etat peut autoriser la fondation sans une nouvelle requête, sur le fondement de la première requête ; car, après le refus de l'autorisation, le fondateur peut disposer des objets destinés à la fondation. La requête ressemble à une offre ; l'obligation de l'offrant disparaît, si l'offre n'est pas acceptée en temps utile ou si elle est refusée.

CHAPITRE IV

La fondation à cause de mort

La forme de l'acte de fondation peut mettre ses éléments constitutifs dans un tel rapport entre eux que le caractère principal de l'acte de fondation, la création

(1) Planck, *op. cit.*, p. 156, Nr. 6, Oertmann, *op. cit.*, p. 212, Staudinger, *Kommentar*, t. I, p. 312, Endemann, *op. cit.*, p. 213.

(2) Planck, *op. cit.*, p. 157, contra Tuhr, *Allgemeiner Teil*, p. 604, Staudinger, *op. cit.*, p. 315.

d'une personnalité juridique, se perde dans l'ombre comme un élément secondaire. Au contraire, la disposition de patrimoine sort en évidence, de telle manière que l'acte de fondation à cause de mort acquière un caractère propre. Ici va se poser la question grave et épineuse de la fondation testamentaire, c'est-à-dire de la création directe de la fondation par acte de dernière volonté. Rarement fait juridique a déchaîné autant de controverses doctrinales et de solutions divergentes de la jurisprudence ; et pourtant rien n'est plus naturel pour celui qui désire attacher son nom à une œuvre d'utilité publique, que de recourir à ce moyen, simple entre tous, de la fondation posthume.

Le droit romain de l'époque chrétienne accueille les fondations à cause de mort avec la faveur particulière, qu'il réserve aux *corpora pia*. Il s'efforce, envers et contre tous, d'assurer aux volontés pieuses une exécution fidèle et substitue à l'héritier qui s'y dérobe l'évêque, sous la juridiction duquel la fondation va se développer (1).

Le moyen âge poursuit cette tradition et les élans charitables, que l'Eglise stimule, bénéficient toujours du régime d'exception. La commune ou l'évêque, censés institués, voient le vice du legs indéterminé et l'on valide sans hésiter l'institution d'héritier d'une fondation future : « *Legari possit hospitali construendo* » (2). Au quatorzième et quinzième siècles, la voie tracée se pour-

(1) *Novelle* 131, ch. X et XI.

(2) Angelus cité par Gierke, *Genossenschafts Recht*, t. III, p. 373.

suit sans déviation sous l'impulsion romaine, et les *piae causae* continuent à être l'objet d'un intérêt croissant. Quant aux autres fondations, soumises au droit commun, elles ne peuvent hériter que si elles sont capables au moment de la confection du testament et à celui du décès du testateur. Ce n'est qu'au dix-huitième siècle que la fondation à cause de mort fut arrêtée dans son évolution. En France, l'édit de 1749 refoula brusquement le flot des privilèges, en banissant la fondation directe. Au quatorzième siècle, la plupart des pays ont été le théâtre des discussions passionnées, à la suite des cas célèbres dans les annales jurisprudentielles.

L'Allemagne, la première, vit la question à l'ordre du jour chez elle par les discussions doctrinales suscitées à l'occasion de la fondation Staedel. En 1815, le marchand Staedel, de Francfort-sur-Main, affectait sa fortune et sa collection de tableaux à la création *post mortem* d'un musée d'art. Ses héritiers frustrés alléguèrent l'incapacité de l'institué, mais en présence de l'incertitude du sort de la cause conclurent un arrangement amiable. Echappé à la jurisprudence indécise des tribunaux, le débat fut jugé avec moins de concordance encore par les auteurs de l'époque qui s'en emparèrent et en firent l'objet de polémiques acerbes. D'après Mühlenbruch (1), pour pouvoir hériter en droit romain, il faut exister comme personne, à l'exception d'une institution comme héritière d'une *pia causa erigenda*, expressément subor-

(1) *Rechtliche Beurteilung des staedelschen Beerbungsfallles*, 1828, p. 164 et suiv.

donnée à l'octroi postérieur de la capacité. Or, tel n'est pas le cas de Staedel, qui a appelé un successeur incapable, parce que sa fondation n'entre pas dans la catégorie des *corpora pia*.

Mais, pour d'autres auteurs, la difficulté née de l'inexistence physique de la fondation s'évanouissait au moyen d'un artifice de raisonnement. Cette fondation, « conçue » moralement dans l'esprit de son auteur, vit comme l'enfant, conçu matériellement dans le sein de sa mère. C'est un *embryo moralis*. On accouple ainsi « l'*uterus physicus* » avec « l'*uterus moralis* », et la fondation de pure pensée se présente comme un « *embryo tempore testamenti conceptus* » (1). Il n'est pas besoin de refuter longuement de telles aberrations : ce fœtus intellectuel ménerait une existence bien précaire, puisque son créateur a le pouvoir arbitraire de l'anéantir jusqu'à son décès.

La discussion se poursuit longtemps, sans qu'on pût donner une solution finale. Tantôt on se tire d'affaire, en étendant la notion de la *pia causa* à tous les buts d'utilité publique (2), tantôt on se réfère à l'intention probable du fondateur, qui aura sous-entendu la condition de la capacité de l'instituée, en désignant des exécuteurs testamentaires, chargés de solliciter l'autorisation (3) ou encore la fondation est supposée parfaite, dès qu'un organe lui est acquis (4).

(1) Paulus, *Über die staedelsche Kunstanstalt*, 1827, p. 61 et suiv.

(2) Arndts, *Weiske Rechtslexicon*, 1844, p. 915-16.

(3) Beseler, *Privatrecht*, 1873, § 72, note 8.

(4) Jugement du Reichsgericht, 27 juin 1881 (Seufferts Arch., t. 37, Nr. 6).

Les Etats particuliers, imbus des préceptes du droit romain, qui persistaient chez eux à l'état de droit coutumier, les codifièrent, et le droit commun allemand appliquait déjà aux fondations pies les maximes de l'époque classique (1). On délimita aussi la notion de *pia causa*, qui symbolisa l'établissement d'utilité publique (2). On n'exige, pas plus qu'on ne cherche à prouver, l'existence préalable d'un sujet de droit ; on déroge à ce principe de droit successoral en faveur des œuvres de bienfaisance.

Le Code civil ne fit que consacrer le fait accompli ; l'article 84 reconnaît le principe de la rétroactivité de l'existence de la fondation. Ce sont, disent les Motifs (3), des considérations d'opportunité qui ont guidé ici le législateur. Si l'autorisation accordée après coup est reportée fictivement avant le décès du fondateur, c'est dans le but d'éviter la survenance d'un rapport juridique complexe comme la substitution fidéicommissaire.

Avant d'examiner les dispositions du Code sur la fondation à cause de mort, nous allons passer brièvement en revue les différentes théories sur la nature de l'acte de fondation à cause de mort. On pourrait les grouper en trois catégories :

1° *Première construction.* — Les représentants de cette construction posent ce principe : l'acte de fondation à cause de mort n'est pas une institution d'héritier, ni un legs, mais une disposition indépendante à cause

(1) Code saxon, art. 2.074 ; loi prussienne de 1870, art. 1.

(2) Droit bavarois III, ch. IV, art. 5 ; loi saxonne de 1860, art. 16.

(3) *Motivé*, t. I, p. 123.

de mort, qui a comme but la création d'un nouveau sujet de droit. Une institution d'héritier, qui est en même temps un acte de fondation créant une nouvelle personnalité juridique, doit être une institution d'héritier spéciale. La différence avec l'institution ordinaire est que celle-ci est une disposition de dernière volonté adressée à une personne existante, tandis que l'institution d'héritier, créatrice de fondation, crée en même temps la fondation : celle-ci n'est pas une institution d'héritier d'une personne qu'on doit créer, mais la création d'un sujet de fondation par une déclaration de volonté et en même temps une disposition de patrimoine.

Mais la disposition de patrimoine n'a aucune relation avec l'institution d'héritier ; c'est une disposition de dernière volonté *sui generis* dans les cadres de l'acte de fondation. Demelius prétend « que le droit établit à côté de l'institution d'héritier et du legs une autre catégorie de disposition de dernière volonté, qui ne doit pas être considérée comme impossible, parce qu'elle ne fait pas partie de ces deux premières catégories » (1). Karlowa affirme que la fondation à cause de mort est, de même que la fondation entre vifs, un acte d'autonomie, qui contient comme élément nécessaire la disposition de patrimoine. « Mais cette disposition de patrimoine a un trait particulier, en la comparant à la disposition de la fondation entre vifs : elle crée la situation d'un héritier. » (2.) C'est exprimer clairement que la

(1) *Op. cit.*, p. 141.

(2) *Op. cit.*, p. 417.

disposition n'est pas une institution d'héritier, mais a les mêmes effets juridiques.

Nous considérons de *lege ferenda* cette construction comme la seule juste, car seulement ce caractère de l'acte de fondation à cause de mort fait de cet acte un acte à cause de mort *sui generis*, c'est-à-dire création d'un nouveau sujet de droit. Mais de *lege lata*, la chose prend un autre aspect ; cette construction n'est pas en accord avec les principes du Code. Un tel acte indépendant à cause de mort aurait nécessité une réglementation détaillée du Code, dans le cas où le législateur l'aurait admise. Mais cette réglementation manque ; les articles 84 et 2043, alinéa 2, correspondent à la conception de l'acte de fondation à cause de mort comme une institution d'héritier ou un legs.

2° *Seconde construction.* — Les Protocoles (1) parlent d'une seconde construction. La disposition à cause de mort est composée de deux actes juridiques : l'acte qui crée le sujet de droit et la disposition de patrimoine. Gierke (2) et Stintzing (3) prétendent que l'acte qui crée la fondation c'est la déclaration de volonté ; mais il est nécessaire, quoique la fondation soit déjà créée, que la disposition de patrimoine existe sous la forme d'une institution d'héritier ou d'un legs. Les deux actes constituent un acte juridique unitaire. « L'existence d'un patrimoine n'est pas nécessaire pour l'acte de fondation entre vifs ; mais il est nécessaire pour des motifs for-

(1) *Protokolle*, p. 1185.

(2) *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 653.

(3) *Op. cit.*, p. 437-40.

mels pour l'acte de fondation, qui consiste dans une disposition de dernière volonté. » (1.)

Nous avons admis la division de l'acte de fondation entre vifs en deux actes, l'acte créateur et la disposition de patrimoine, parce que la disposition de patrimoine n'était pas un élément essentiel de cet acte ; mais nous ne pouvons pas admettre la théorie de Stintzing et de Gierke, concernant l'acte de fondation à cause de mort, parce que la disposition de patrimoine doit exister dans une institution d'héritier ou un legs. Ces auteurs n'observent pas qu'ils ont transformé l'acte créateur de fondation en une disposition à cause de mort indépendante, en donnant à la volonté du fondateur la force de créer la fondation. Malgré cette indépendance, la validité de cet acte juridique doit dépendre de l'existence d'une disposition de patrimoine ; or, cette disposition n'est pas possible sans l'existence d'un sujet de droit. Nous arrivons donc à un cercle vicieux, parce que de ces deux actes séparés l'un est la condition de l'autre. La conclusion qui s'impose est qu'on doit considérer l'institution d'une fondation. Malgré cette indépendance, la validité de cet

3° *Troisième construction.* — L'acte de fondation à cause de mort est une institution d'héritier ou un legs. C'est la théorie de Windscheid (2), Roth (3), Pfeifer (4) ; parce qu'on ne trouve aucun appui dans le Code pour une disposition à cause de mort indépendante, cette

(1) *Stintzing. Op. cit.*, p. 401.

(2) *Pandekten*, t. III, p. 150.

(3) *Op. cit.*, p. 210.

(4) *Op. cit.*, p. 135.

construction doit être considérée comme la seule possible. Elle a trouvé dans le Code son expression légale, et justement sur le fondement de cette construction, ces auteurs ont déclaré impossible l'acte de fondation accompli directement par une disposition de dernière volonté. D'après le droit commun, une institution d'héritier n'était pas valable, si l'institué n'était au moins conçu à la mort du *de cujus*. Ce n'était pas la même chose pour le legs ; car le legs était valable comme legs conditionnel ou à terme, même si le gratifié n'existait pas comme *nasciturus* à l'époque de la mort du testateur. Par conséquent, ces auteurs ont déclaré à tort comme impossible la fondation par legs. Pour le legs, le Code civil est d'accord avec le droit commun (art. 2178) ; au contraire, pour l'institution d'héritier, il a innové, en introduisant la substitution fidéicommissaire : l'institution d'une personne, qui n'est pas encore créée à l'époque de la dévolution, est considérée dans le doute valable comme substitution fidéicommissaire (art. 2101). Mais par la disposition rétroactive de l'art. 84, le Code a écarté l'application des rapports successoraux complexes de la substitution fidéicommissaire.

Le fondateur peut établir la fondation par un testament et par une institution contractuelle :

I. — La fondation par testament peut être créée par une institution d'héritier, par un legs et par une charge.

a) *La fondation par institution d'héritier* (1) :

(1) Le Code allemand entend par institution d'héritier (*Erbeinsetzung*) le legs universel ou à titre universel (art. 2.187).

Le fondateur institue la fondation comme héritière. Parce que la condition de l'existence de la fondation au moment de la dévolution manque, la fondation ne pourrait pas être héritière, mais substituée fidéicommissaire. Le Code a écarté la condition de la coexistence d'un héritier par le fait que l'autorisation a, conformément à l'article 84, une force rétroactive ; la fondation est considérée comme née avant la mort du fondateur.

La rétroactivité de l'art. 84, du moment qu'elle repose sur une fiction, ne peut pas faire disparaître le fait que, pendant l'époque intermédiaire jusqu'à l'autorisation, la succession est sans maître ; car on ne peut pas affirmer que la fondation, qui n'est pas encore née, pas plus que le *conceptus sed nondum natus* (art. 1923, al. 2) puisse être pendant l'époque intermédiaire des héritiers. La fiction de l'art. 84 et de l'art 1923, al. 2, ne peut rien changer à la réalité : l'art. 84 ne considère pas la fondation du moment de la dévolution comme une personne juridique et, par conséquent, comme héritière ; il ne fait qu'envisager la possibilité que la fondation obtienne la personnalité juridique par la concession de l'autorisation. Si l'autorisation est accordée, la fondation ne devient héritière que dès ce moment, mais avec tous les droits qu'elle aurait eus si elle avait été tout de suite héritière. L'hérédité est, pendant cette époque, une sorte de *hereditas jacens*, quoique le Code ne reconnaisse pas une telle construction. « L'hérédité n'a pas, pendant l'époque intermédiaire, un maître au sens strict du mot, car la fiction qui intervient après l'autorisation ne peut rien changer au fait, que jusqu'à l'octroi de

l'autorisation la fondation n'appartenait à personne. » (1.)

L'art 84 s'applique même si la fondation a été créée par un acte entre vifs, mais l'autorisation n'est accordée qu'après la mort du fondateur (2). Mais il ne concerne que les cas d'aliénation, émanant du fondateur lui-même : « Quand la fondation n'est approuvée qu'après le décès du fondateur, elle est réputée quant aux libéralités du fondateur, avoir été faite avant le décès » (art. 84).

Qu'advient-il de l'institution d'un tiers à une fondation non encore autorisée à la mort du fondateur ? Les Protocoles (3) avaient proposé de mettre sur le même pied, au point de vue du droit d'hériter, l'enfant conçu, l'association et la fondation, dont la constitution aurait été suffisamment avancée pour qu'on puisse en inférer une prompte consécration légale. On ne se rangea pas à cette opinion, par crainte de ne pouvoir escompter la collation de la capacité juridique à l'association et à la fondation avec la même certitude qu'à l'égard du *nasciturus*. L'institution d'héritier de la fondation non reconnue, faite par un tiers, n'est pas pour cela frappée de nullité. Un testateur a-t-il institué une personne juridique qui ne deviendra telle qu'après la dévolution de la succession, le Code civil suppose qu'il s'est trompé et

(1) Windscheid-Kipp, *Pandekten*, t. III, p. 200. De même Hellwig, *Verträge auf Leistung an Dritte*, p. 244.

(2) Planck, *op. cit.*, § 84, Nr. 2. Contra Hölder, *op. cit.*, § 84, Nr. 2, Meurer, *op. cit.*, p. 286.

(3) *Protokolle*, t. V, p. 8.

qu'il a voulu s'engager dans la voie tortueuse de la substitution fidéicommissaire (art. 2101, al. 2).

Cette assimilation plus ou moins forcée de la fondation inachevée à l'enfant non encore conçu, substitué fidéicommissaire, est pleine de conséquences pratiques :

1° Les héritiers *ab intestat* ou institués du fondateur recueilleront toujours l'héritage en qualité de fiduciaires expressément (art. 2103) ou tacitement (art. 2105, al. 2) désignés et le transmettront à la fondation lors de sa reconnaissance légale (art. 2106, al. 2), à moins que le défunt n'ait subordonné le transfert des biens à l'avènement d'une autre condition dilatoire ;

2° Il importe fort peu que le disposant ait ou non connu l'état d'incapacité de la fondation, puisque celle-ci est reléguée *ipso facto* au rang de substituée jusqu'au moment de son autorisation ;

3° La fondation n'est autorisée à revendiquer les fruits et les intérêts de la succession qu'à partir du jour de l'ouverture de la substitution. Le grevé occupe, en effet, une position assez semblable à celle de l'usufruitier. S'il ne peut disposer à son gré des biens de la succession, il peut se borner à les administrer avec la *diligentia quam suis* (art. 2131) et perçoit leurs revenus comme le fermier, c'est-à-dire conformément à une exploitation régulière (art. 2133).

4° Le disposant peut instituer la fondation de fait comme substituée fidéicommissaire ou directement comme héritière. Cette seconde éventualité donne également lieu comme la première à la formation d'une substitution fidéicommissaire, sauf désir contraire du

de cujus (art. 1101), mais les effets juridiques qu'elle comporte, découlant de présomptions opposées, sont différentes. Si le testateur n'a pas précisé l'époque de l'ouverture de la substitution, celle-ci s'opère dans le premier cas et suivant la règle générale au décès du grevé (art. 2106, al. 1), dans le deuxième à la naissance du substitué (art. 2106, al. 2), donc au moment de la ratification de la fondation.

Cette réglementation est encore lourde et compliquée. Il eût été bien préférable de déroger nettement au droit commun en quelques dispositions exceptionnelles, plutôt que de faire passer les personnes juridiques dans le moule d'institutions préexistantes.

Dans le Code civil suisse, les choses sont de beaucoup simplifiées. La fondation acquiert la capacité par un simple enregistrement. Une libéralité du tiers, qui entre temps pourrait lui échoir, s'adresserait à une collectivité sans personnalité civile et serait ainsi recueillie par les membres qui la composent individuellement jusqu'à la formation juridique de la fondation (art. 539, al. 2, Code civ. suisse). Sans retard et sans secousse, les biens passeront des individus à l'ensemble, au moment où la fondation acquiert la capacité par l'inscription.

Si l'autorisation a été accordée, la fondation par institution d'héritier prend naissance. Elle n'a pas le droit que possède tout héritier, à l'exception du fisc (art. 1942), de répudier l'hérédité, et par conséquent de ren-

dre illusoire le but poursuivi par le fondateur (1). Car elle a acquis, du moment de sa naissance, d'une manière inséparable, le droit au patrimoine, qui lui a été consacré. L'autorité, qui doit approuver la fondation, décide si l'institution d'une fondation comme héritière présente une garantie suffisante pour la réalisation de son but ; la fondation elle-même n'a donc pas besoin d'un droit de répudiation.

Enfin, pour prévenir les confusions de part, le Code ordonne une suspension de liquidation durant tout le cours de l'instance en autorisation, toutes les fois que la fondation n'est instituée que pour une quote-part de l'hérédité (art. 2043, al. 2). Tant que les droits sont en suspens, les héritiers ne peuvent élever aucune prétention.

b) *La fondation par legs* (2) :

Le fondateur peut établir une fondation par un legs ; l'acte de fondation est contenu dans le legs. L'héritier ou le légataire grevés du legs peuvent le répudier ; mais l'efficacité du legs, et par conséquent de la fondation, n'est pas atteinte, parce que le legs est une charge de la succession et conserve ses effets, même quand le grevé le répudie (art. 2.161). Quand on crée une fondation par un legs, la dévolution du legs ne devrait

(1) Planck, *op. cit.*, § 83, Nr. 3, Meurer, *op. cit.*, p. 253. Contra Stintzing, *op. cit.*, p. 440, qui prétend que la fondation doit avoir le droit de répudiation, car l'autorisation n'implique pas l'acceptation de l'hérédité.

(2) Il s'agit du legs particulier (*Vermächtniss*) qui diffère de celui du Code français, parce qu'il ne donne naissance qu'à un droit de créance en faveur du légataire.

s'opérer conformément à l'art. 2178, qu'au moment de l'autorisation et pour l'époque intermédiaire jusqu'à l'autorisation, on devrait appliquer les dispositions sur la condition suspensive. Mais la rétroactivité de l'art. 84 produit ses effets comme si une autorisation n'était pas nécessaire, et la dévolution du legs s'opère au moment de la dévolution de la succession (art. 2176). Dès ce moment, la fondation a un droit de créance non pas contre le fondateur, par conséquent contre ses héritiers, mais contre les grevés.

c) *La fondation par charge :*

Le fondateur peut réaliser son intention de créer une fondation par le fait qu'il impose à l'héritier ou au légataire une charge. Il existe deux moyens d'établir cette charge :

1° En ordonnant une charge, le testateur dispose que le grevé doit créer la fondation. Le fondateur est, dans ce cas, le grevé et l'acte de fondation doit être considéré comme un acte de fondation entre vifs (1). Stintzing (2) est d'une autre opinion : il considère le testateur comme fondateur indirect, le grevé comme fondateur direct. Cette conception est douteuse. Il s'agit, dans la fondation par charge, d'une fondation du grevé qui la crée de la même manière que celui qui s'est obligé, dans un acte de fondation entre vifs, d'établir une fondation. L'acte de fondation est fait par le grevé, et on lui applique les art. 81 et 82. L'opinion de Stintzing que le

(1) Planck, *op. cit.*, § 83, Nr. 2 ; Oertmann, *op. cit.*, p. 221 ; Meurer, *op. cit.*, p. 285.

(2) *Op. cit.*, p. 454.

testateur est le fondateur indirect, et qu'on doit appliquer à l'acte de fondation indirect l'art 84, n'est pas juste. On applique l'art 84 que dans le cas de l'acte de fondation direct à cause de mort ;

2° La disposition avec charge peut contenir l'acte de fondation comme le propre acte juridique du fondateur, dans le sens que le fondateur crée lui-même la fondation et la dote d'un patrimoine qui consiste seulement dans l'expectative de l'exécution de la charge.

On doit considérer, dans ce cas, l'acte de fondation comme acte de fondation à cause de mort. La fondation n'a pas une action en justice pour l'exécution de la charge (art. 1940) ; elle ne peut être exigée que par l'héritier, le cohéritier ou celui qui profiterait immédiatement de l'absence de la personne grevée en premier ordre (art. 2194). La fondation est réputée, quant aux libéralités du fondateur, dans le cas où l'autorisation est donnée après la mort du fondateur, avoir été faite avant sa mort. Par conséquent, les libéralités imposées par la charge au grevé sont considérées comme des libéralités du testateur.

II. — *La fondation par institution contractuelle :*

Conformément à l'art. 83, l'acte de fondation peut consister dans une disposition à cause de mort. Le Code comprend par disposition à cause de mort la disposition unilatérale, de même que la disposition prise par une institution contractuelle. Mais une disposition unilatérale peut être aussi contenue dans une institution contractuelle. Le fondateur peut donc établir une fondation : 1° d'une manière unilatérale dans une institution

contractuelle ; 2° d'une manière contractuelle par une institution contractuelle :

1° Le fondateur peut établir une fondation par déclaration unilatérale dans une institution contractuelle par une institution d'héritier, par un legs ou une charge (art. 2299). Ce sont des dispositions de dernière volonté qui se trouvent dans un rapport extérieur avec l'institution contractuelle. Une disposition de cette nature vaut comme faite par testament. On doit, par conséquent, lui appliquer toutes les règles des dispositions de dernière volonté, tandis que les règles contractuelles ne trouvent aucune application ;

2° Le fondateur peut faire l'acte de fondation aussi par une institution contractuelle, c'est-à-dire s'obliger par un contrat. Il paraît que ce serait en contradiction avec l'art. 2278, al. 2, d'après lequel on ne peut établir par institution contractuelle d'autres dispositions que les institutions d'héritier, les legs et les charges ; par conséquent, l'acte de fondation serait exclu. Mais cette contradiction apparente peut être écartée. L'institution d'une fondation ne contient pas deux éléments séparés, l'acte de création et l'acte de disposition, mais doit être considérée comme un acte juridique unitaire. La succession ou une fraction de la succession est consacrée aux buts de la fondation ; on trouve dans cette consécration la création de la fondation et, en même temps, la dévolution de la succession ou d'une quote-part de la succession à la fondation comme héritière ou légataire. L'acte de fondation constitue, par conséquent, un élément de l'institution d'héritier ou du legs et peut être

dressé avec celui-ci dans une institution contractuelle (1).

Oertmann (2) et Cosack (3) ont, au contraire, un point de vue opposé. Parce qu'ils considèrent l'acte de fondation comme un acte double, la rédaction d'un tel acte n'est pas en concordance, d'après leur opinion, avec l'art. 2278, al. 2. Car l'institution d'héritier ou le legs, qui contient la disposition de patrimoine, peut être dressé dans un contrat, c'est-à-dire d'une manière irrévocable, mais non pas l'acte créateur de la fondation.

Nous devons faire les remarques suivantes, quant aux différentes manières dont le fondateur peut créer par une institution contractuelle une fondation :

a) Le fondateur peut, conformément à l'art. 1941, al. 2, instituer par contrat comme héritier ou légataire un tiers, c'est-à-dire la fondation. Un tel contrat n'est pas un contrat en faveur d'un tiers, car on ne stipule pas, conformément à l'art. 328, une prestation en faveur d'un tiers. Par le contrat, on établit une expectative successorale d'un tiers sur un droit futur ; le droit lui-même n'est pas acquis au tiers par le contrat, mais seulement au cas où d'autres conditions légales sont réalisées, c'est-à-dire lors du prédécès du fondateur. Si la fondation n'est autorisée qu'après la mort du fondateur, on doit appliquer l'art 84 ;

b) Le fondateur peut établir une fondation par une

(1) Planck, *op. cit.*, § 83, Nr. 1 ; Stintzing, *op. cit.*, p. 462 ; Endemann, *op. cit.*, p. 47.

(2) *Op. cit.*, § 83, Nr. 1.

(3) *Lehrbuch des burgerl. Rechts*, t. I, § 36, Nr. 1.

institution contractuelle avec charge. L'acte de fondation est, dans ce cas, une partie constitutive de la charge et par conséquent irrévocable.

Conformément à l'art. 83, le tribunal de la succession poursuit l'autorisation, si elle n'est pas demandée par l'héritier ou l'exécuteur testamentaire. Par opposition à l'acte de fondation entre vifs, l'acte à cause de mort n'a pas besoin d'une requête pour être autorisé.

L'acte de fondation, contenu dans une disposition de dernière volonté, ne peut plus être révoqué par l'héritier. L'art 83 ne parle que d'un simple avis, par lequel la procédure de l'autorisation est ouverte. Si le tribunal testamentaire n'envoie pas l'avis, et si l'autorité prend connaissance d'une manière quelconque de l'existence de l'acte de fondation, il peut l'autoriser tout simplement (1). Au contraire, Meurer (2) demande aussi pour l'acte de fondation à cause de mort l'existence d'une requête.

Les fondations à cause de mort deviennent nulles par le refus de l'autorisation ; on ne peut pas admettre la possibilité d'une nouvelle demande d'autorisation. L'admission d'une autorisation ultérieure aurait comme conséquence l'incertitude de toutes les relations successorales. Si le tribunal de la succession pouvait, après des années, renouveler la demande l'autorisation, la situation des héritiers ne serait pas stable ; on ne peut pas interpréter de cette manière la volonté du testateur. On

(1) Planck, *op. cit.*, § 83, Nr. 3.

(2) *Op. cit.*, p. 268.

doit plutôt considérer l'octroi de l'autorisation comme la réalisation d'une condition ; si la condition vient à défaillir par le refus de l'autorisation, la disposition devient nulle.

CHAPITRE V

L'Obligation de garantie du fondateur

D'après le premier projet, si l'autorisation était déclarée nécessaire par le droit local, le fondateur n'avait plus le droit de révocation, dès l'instant où il avait envoyé la requête d'autorisation. Le fondateur se trouvait dans la même situation que celui qui s'est obligé sous condition. Cette obligation ne cessait que du moment où l'autorisation était refusée (1). La seconde commission a écarté cette obligation du fondateur et a établi le droit de libre révocabilité de l'acte de fondation, parce que l'acte de fondation est un acte juridique unilatéral (2). Le fondateur n'est plus obligé de respecter l'acte de fondation qu'à partir du moment de l'autorisation.

L'art. 82 dispose que le fondateur est obligé de transmettre, après l'autorisation de la fondation, le patrimoine promis dans l'acte de fondation. Mais cet article ne s'applique qu'à l'époque postérieure à l'autorisation. La question de la garantie pour l'époque intermédiaire jusqu'à l'autorisation est discutée.

(1) *Motive*, t. I, p. 123.

(2) *Protokolle*, t. I, p. 592.

Meurer (1) affirme la garantie du fondateur, sous la condition que l'acte de fondation soit autorisé et qu'il ne soit pas révoqué. Il considère l'acte de disposition comme un acte juridique sous une double condition, celle de la non-révocation et de l'autorisation, et il demande l'application des art. 160 et 161 (obligation conditionnelle). On peut objecter à cette opinion que la condition de l'autorisation est une *condictio juris* et, par conséquent, l'application des art. 160 et 161 ne peut pas être admise. En dehors de cela, le fondateur a le droit de révocation qui est en contradiction avec les actes juridiques conditionnels, dans lesquels celui qui est obligé ne possède pas le droit de révocation.

Au contraire, Planck (2) soutient, et cette opinion nous semble plus juste, que le fondateur ne peut pas être obligé à la garantie avant l'autorisation. Tant qu'il possède le droit de révocation, son droit de disposition sur les choses consacrées à la fondation ne peut pas être limité.

Oertmann (3), qui développe les théories de Planck, soutient que du moment que le fondateur a le pouvoir de révoquer, c'est-à-dire d'anéantir le droit sur les choses consacrées à la fondation, il doit à *fortiori* avoir le pouvoir de détériorer ou de déprécier ces choses. Si on ne concède pas ce droit au fondateur, ce serait un motif

(1) *Die jurist. Personen*, p. 276 ; de même Hölder, *Kommentar*, t. I, § 82, Nr. 2.

(2) *Op. cit.*, p. 82, Nr. 2. De même Staudinger, *op. cit.*, § 82, Nr. 2.

(3) *Op. cit.*, § 82, Nr. 2.

pour lui de révoquer l'acte de fondation dans son intégrité.

Mais cette argumentation nous semble hasardée. Car, au moins, après la présentation de la requête d'autorisation, le fondateur doit se rendre compte que par la dépréciation du patrimoine, il peut modifier ou même anéantir sa volonté de fonder. Par conséquent, il est obligé d'avertir de son intention l'autorité qui doit approuver la fondation ; celle-ci verra dans la conduite du fondateur une révocation ou une modification de l'acte de fondation, et prendra sa décision en conséquence. Nous trouvons dans l'art. 81, al. 2, qui exige qu'après la présentation de la requête, la révocation doive être déclarée à l'autorité compétente, un fondement de cette obligation.

Pour l'époque postérieure à l'autorisation, le fondateur est garant conformément à l'art. 82. Il est obligé de transmettre le patrimoine promis. On discute si on doit donner à l'expression « obligé » le sens et les effets qu'on lui accorde généralement. Stintzing est de cette opinion (1). D'après lui, l'obligation du fondateur n'est pas déterminée conformément aux règles moins sévères d'une offre de donation, parce qu'il ne s'agit pas d'une donation adressée à la fondation. La créance en indemnité du fondateur fait naître une obligation de garantie du fondateur envers la fondation. Par la déclaration de fondation, le fondateur délègue la fondation de faire une prestation à un tiers. On doit donc appliquer,

(1) *Op. cit.*, p. 421.

d'après cette théorie, les règles générales sur la garantie dans les obligations.

Krempien (1) distingue selon la cause qui se trouve à la base de l'acte de fondation. L'acte de fondation contient généralement, mais pas toujours, un acte de libéralité. On ne peut pas appliquer les règles sur la garantie du donateur, si la fondation n'est pas un acte à titre gratuit. Mais cette distinction n'est pas conforme au Code, qui oblige le fondateur à la garantie sans tenir compte de la cause de l'acte.

Les représentants de la théorie de la donation considèrent qu'on ne doit pas appliquer les règles générales de la garantie à l'obligation du fondateur. Le fondateur n'est pas responsable, conformément aux règles générales, pour les suites de l'inexécution ou pour les vices de la chose. Il n'est garant que conformément aux règles atténuées sur la garantie du donateur : il n'est responsable que de son dol et de sa négligence grave (art 521) ; il n'est pas obligé de payer des intérêts moratoires (art. 522) et ne répond des vices de la chose qu'en cas de dol (art. 523 et 524).

D'ailleurs, l'opinion prédominante (2) demande une application directe ou au moins analogue des règles de la donation sur la garantie du fondateur. L'acte de fondation est la cause de l'acte de disposition ; la disposition de patrimoine contribue, quand elle existe, à la

(1) *Über das Verhältniss von Stiftung u. Schenkung*, p. 120.

(2) Planck, *op. cit.*, § 82, Nr. 3 ; Oertmann, *op. cit.*, p. 216 ; Goldmann-Lillienthal, *Das burgerl. Gesetzbuch*, t. I, p. 109 ; Holder, *Kommentar*, à 82, Nr. 2.

création de la fondation. Par conséquent, l'acte de disposition a comme but la création d'un nouveau sujet de droit ; ce n'est pas une transmission de patrimoine qui a lieu entre deux sujets de droit existants.

Sans doute que cette doctrine prédominante correspond à l'équité et à l'intention du législateur. L'art. 58, al. 4, du premier projet dispose qu'on doit appliquer à l'obligation de garantie du fondateur par analogie les règles sur la garantie du donateur. La seconde commission a effacé cette disposition, afin qu'on ne tire pas par analogie des conséquences erronées sur d'autres questions.

Le fondateur aliène, de même que le donateur, une partie de son patrimoine sans obtenir une contre-valeur. L'intention de la disposition, qui ne s'ensuit pas *donandi causa*, mais pour la création d'une fondation, est indifférente. Dans cette libéralité de la disposition se trouve la raison juridique de la garantie diminuée du fondateur, sans l'assimiler pour cela à une donation. Par conséquent, on ne doit appliquer que par analogie les règles sur la garantie du donateur. Pour les fondations à cause de mort l'obligation de garantie est déterminée d'après les règles du testament (art. 2182).

CHAPITRE VI

Le droit d'action des destinataires

Parmi les principes du Code, qui régissent le droit des fondations, on ne trouve aucune disposition, qui détermine le droit des destinataires de la fondation à une

action en justice. La loi ne se prononce pas pour déterminer quand et dans quelles conditions une personne, qui se croit justifiée de demander la jouissance des revenus d'une fondation, a le droit de défendre ses intérêts par une action en justice, dans le cas où l'organe de direction ne satisferait pas sa demande. La manière de remplir cette lacune de la loi a été très discutée, et on a donné des solutions contradictoires.

Le silence du Code ne doit pas être attribué à une omission du législateur. Il y a eu différentes propositions, qui avaient comme but la réglementation expresse d'action des destinataires ; elles furent toutes rejetées par la Commission du Reichstag. Il est intéressant de connaître les motifs de ce refus d'après les Protocoles (1) : « Le principe, que par l'acte de fondation on pourrait donner aux tiers des droits à l'administration et à la jouissance de la fondation, n'a pas besoin d'une reconnaissance légale. Quoiqu'au point de vue théorique on puisse douter de l'application par analogie des principes du contrat en faveur des tiers, la pratique n'a jamais mis en doute la possibilité de ces droits ». Mais le désaccord de la doctrine, qui donne des résultats si contradictoires sur cette question d'interprétation, montre que la Commission s'est trompée dans son opinion que le droit d'action des destinataires n'a pas besoin d'une reconnaissance spéciale, et que la lacune laissée par la loi ne va pas présenter des difficultés.

(1) *Protokolle*, t. I, p. 1.189.

Plusieurs cas se présentent, que nous devons examiner. Le premier est celui où le fondateur a déterminé d'une manière si précise la personne du futur destinataire, qu'il n'y a plus de place pour une libre activité de l'organe d'administration, concernant le choix ou la détermination du destinataire. Mais, le plus souvent, le fondateur ne désigne pas cette personne ; il ne détermine que la catégorie des personnes, dont on doit choisir le destinataire ; le choix de celui-ci est laissé à l'administration de la fondation. Comme un cas typique de cette catégorie, on peut citer les fondations en faveur des pauvres d'une ville. Enfin, on doit parler du groupe de fondations dont la catégorie des destinataires est complètement indéterminée ; par exemple, les fondations d'un parc ou d'un musée.

Zitelmann (1), qui le premier a considéré le problème de savoir si, d'après le Code, les destinataires ont un droit d'action, est d'opinion que ce droit doit être refusé. Si les lois des Etats ne donnent pas un tel droit aux intéressés, ceux-ci ne seront protégés que par le droit général de contrôle de l'Etat.

Zitelmann est seul de cette opinion ; les autres auteurs représentent le point de vue opposé. Mais la plupart d'entre eux se contentent de la seule affirmation que les destinataires ont un droit d'action, seulement dans le cas où l'acte de fondation ou la constitution de la fondation déterminent d'une telle manière la personne du destinataire que tout avis subjectif de l'organe

(1) *Das Recht des burgerl. Gesetzbuch*, p. 74.

de l'administration soit exclu. Quand au contraire, la catégorie des intéressés n'est donnée que d'une manière générale et que le choix de la personne du destinataire est laissé à l'administration, le droit d'action n'existe pas (1). Mais un fondement sérieux des opinions soutenues manque presque chez tous les partisans de la doctrine prédominante. Il n'y a que deux parmi ces auteurs qui cherchent à motiver leurs opinions : c'est Oertman et von Tuhr.

Von Tuhr est d'accord avec l'opinion « qui pour combler la lacune de la loi donne au destinataire *praeter legem* un droit d'action né de la volonté unilatérale du fondateur » (2). Mais, pour motiver son point de vue, il se contente de l'analogie du testament ou du contrat en faveur des tiers.

Oertmann, qui cherche à combattre l'opinion de Zitelmann, croit pouvoir justifier sa doctrine par l'art. 85 : La question de savoir si les destinataires ont un droit revendicable en justice appartient à la constitution de la fondation. Dans la mesure où le droit de l'Empire ou des Etats ne contient pas des règles impératives contraires, l'acte de fondation doit pouvoir prendre des dispositions expresses ou tacites (3).

D'après Enneccerus (4). lorsque la catégorie des des-

(1) Dernburg, *op. cit.*, p. 317, note 25 ; Enneccerus, *op. cit.* p. 267 ; Kohler, *Lehrbuch*, p. 416 ; Oertmann, *Allg. Teil*, p. 224, v. Tuhr, *Allg. Teil*, p. 611.

(2) *Op. cit.*, p. 612, note 96.

(3) *Op. cit.*, p. 224.

(4) *Op. cit.*, p. 267.

tinataires n'est déterminée que d'une manière générale, une action en justice pour la fixation des destinataires n'est donnée que dans le cas où il y a une diversité d'opinion de l'organe d'administration, concernant l'appartenance à cette catégorie (1).

La jurisprudence a eu aussi l'occasion de se prononcer dans cette question. La Cour suprême de l'Empire, dans sa décision du 20 juin 1901, d'accord avec l'opinion prédominante, s'est exprimée de cette manière (2) : « La question de savoir si un destinataire a un droit revendicable en justice ne peut être décidée que sur le fondement de la volonté déclarée du fondateur dans l'acte de fondation. Si le fondateur détermine l'époque et la somme que le destinataire doit recevoir des revenus de la fondation, de telle manière que l'organe d'administration n'ait plus la liberté de décider, il ne reste à celui-ci qu'à exécuter la volonté du fondateur. Dans le cas où il agit contrairement à cette volonté, le destinataire peut l'obliger à l'accomplissement de ses devoirs,

(1) Nous mentionnons à titre de curiosité l'opinion de Hölder (*Naturliche u. jurist. Personen*, p. 261), qui rattache le droit d'action des destinataires à sa théorie sur la nature des personnes juridiques. Hölder ne reconnaît pas l'existence de la fondation comme une personnalité, sujet des droits et des obligations. Les sujets du patrimoine de la fondation, ce sont les administrateurs dans leur fonction officielle. Par conséquent, on peut réclamer en justice les prestations imposées par les statuts aux administrateurs, comme si elles étaient dues par des particuliers. Mais cette opinion ne peut pas être juste, parce que la théorie de Hölder ne trouve aucun fondement dans le Code ; celui-ci est prédominé par la théorie que le sujet du patrimoine est la personne juridique de la fondation, considérée comme personnalité indépendante.

(2) Seufferts. Archiv, t. 56, N° 216.

de même qu'un legs peut donner naissance à une action en faveur du légataire. La chose se présente autrement et le destinataire n'a plus le droit d'action, quand la détermination des intéressés dépend des conditions, qui ne sont pas objectives et immuables. »

Le droit d'action des destinataires peut être donné directement *ex lege* ou il peut prendre naissance par le fait que le droit objectif donne à une disposition de l'acte de fondation une force créatrice. Nous avons vu que le droit de l'Empire ne prend aucune disposition à ce sujet. Quoique l'art. 85 contienne une réserve importante en faveur du droit des Etats, un examen minutieux des différentes lois d'introduction au Code ne découvre aucune règle locale concernant le droit d'action.

Il reste donc à examiner si le droit objectif rattache à une disposition des statuts la naissance d'un droit d'action. Mais nous devons un peu corriger la position du problème. La doctrine pose toujours le problème de cette manière : le destinataire a-t-il un droit d'action ? Mais toute action a à sa base une créance. Si l'action et la créance ne sont pas identiques, elles sont toujours en relation. Nous devons donc nous demander plutôt si le destinataire peut avoir une créance contre la fondation, et le problème du droit d'action est résolu de lui-même.

Tout essai de solution du problème doit avoir comme tâche d'opposer à la théorie de Zitelmann, qui nie la possibilité du droit d'action, la preuve qu'une disposition des statuts peut constituer un fondement pour le droit d'action des destinataires.

Nous devons donc examiner si cette preuve ne peut pas être trouvée dans une des théories exposées plus haut. Nous allons analyser, en dehors de la théorie d'Oertmann, encore deux autres théories : celle des Motifs, qui trouve la solution dans l'analogie du contrat en faveur des tiers, et la théorie de la Cour suprême, qui se rapporte à l'analogie du legs.

I. — *La théorie d'Oertmann :*

Cette théorie peut être résumée de cette manière :

a) Conformément à l'art. 85 combiné à l'art. 25, la constitution (*Verfassung*) d'une fondation est déterminée par ses statuts (*Satzung*), en tant qu'elle ne repose pas sur une loi d'Empire ou d'État ;

b) La question de savoir si les destinataires ont une créance revendicable en justice se rattache à la constitution.

Si nous voulons analyser la justesse de la théorie d'Oertmann, nous devons nous poser deux questions :

a) Une prescription sur la disposition de patrimoine, qui s'adresse aux destinataires, appartient-elle à la constitution ?

b) Peut-on prouver l'existence d'un principe juridique, qui rattache la naissance des créances aux prescriptions de la constitution ?

La première question a comme fondement le principe que toutes les prescriptions qui se trouvent dans les statuts n'appartiennent pas à la constitution. Oertmann semble accepter l'hypothèse que les prescriptions sur la disposition adressée aux tiers appartiennent à la

constitution. Nous ne pouvons pas accepter cette opinion sans la contrôler, car justement la question de savoir si telle prescription appartient ou non à la constitution est extrêmement difficile à résoudre.

Toutes les difficultés proviennent du fait qu'il n'y a pas une conception claire sur la notion de la constitution. Si on compare les articles du Code, où on trouve le mot « constitution » (art. 25, 85, 88), il résulte que par ce mot on veut fixer la notion qu'on désigne dans le droit constitutionnel par « constitution dans le sens matériel », qui s'oppose à la « constitution dans le sens formel ». Cela résulte surtout de l'opposition du concept « constitution » d'un côté et du concept « statut » ou acte de fondation de l'autre. Il suffit de comparer les art. 25 et 85 : dans les statuts ou l'acte de fondation, on ordonne les prescriptions, qui dans leur totalité constituent le concept de constitution dans le sens formel.

Nous trouvons donc dans le droit civil un parallèle à une distinction établie depuis longtemps dans le droit constitutionnel. On oppose au concept de constitution dans le sens matériel le concept de constitution dans le sens formel, par lequel on comprend les lois constitutionnelles. A celles-ci correspondent dans le droit civil les statuts pour les personnes juridiques. Le Code ne donne aucune indication sur le contenu exact du concept de constitution dans le sens matériel ; il suppose ce concept comme connu d'avance. Et, de cette manière, ce concept partage le sort de tant d'autres concepts utilisés par le Code, dont il suppose le sens.

comme fixé, tandis qu'en réalité on n'a aucune notion précise sur leur valeur exacte. On sait, dans ce cas spécial, ce qu'on entend par une constitution ; on énumère une série de dispositions qu'on considère comme appartenant à la constitution, mais une définition exacte, qui puisse donner une limitation stricte du concept, manque. Le sens qu'on donne à la notion de constitution est si imprécis, que tout essai de distinguer dans chaque cas spécial les prescriptions constitutionnelles des prescriptions statutaires doit échouer. Si, par exemple, nous trouvons dans les statuts d'un musée des prescriptions sur l'arrangement des tableaux ou concernant les heures d'accès du public, on sait qu'elles ne peuvent pas appartenir à la constitution de la fondation. D'autre part, on va considérer les prescriptions sur la formation de l'organe de direction comme des prescriptions constitutionnelles. Mais, dans l'absence d'une définition exacte du concept de constitution, nous ne pouvons pas dire pour quelles raisons telles prescriptions appartiennent à la constitution, telles autres ne lui appartiennent pas. Une décision d'après un vague sentiment juridique est bien difficile : Oertmann considère les prescriptions sur l'utilisation des revenus de la fondation comme appartenant à la constitution. Mais on ne peut pas nier que ces prescriptions aient une grande ressemblance avec l'arrangement des tableaux dans un musée.

Il s'agit donc de trouver le critérium de distinction entre les dispositions constitutionnelles et les dispositions statutaires. Les définitions des auteurs ne concor-

dent pas. D'après Crome (1), la constitution est « l'organisation fondamentale d'une personne juridique ». D'après Oertmann (2), c'est « la loi fondamentale, la totalité des dispositions d'après lesquelles se règle l'activité des personnes juridiques ». Hölder (3) considère comme constitution d'une fondation tout simplement le règlement de son administration.

Mais ces définitions sont si générales qu'elles ne donnent pas une représentation exacte du contenu de la constitution. On trouve une limitation plus stricte dans d'autres définitions, qui donnent une énumération des dispositions qui peuvent être considérées comme appartenant à la constitution. Ainsi, d'après Biermann (4) la constitution est la totalité des dispositions qui se rapportent à l'activité de la fondation à l'extérieur, à son organisation, à son extinction et à la dévolution de son patrimoine. Staudinger (5) comprend par constitution la totalité des normes, par lesquelles on détermine : 1° le but ; 2° les moyens de réaliser ce but ; 3° la formation, le mandat de représentation, la durée et l'exclusion des organes de la fondation ; 4° l'utilisation des revenus de la fondation et la détermination des destinataires ; 5° le nom et le domicile de la fondation.

Mais ces énumérations ne peuvent pas nous donner la définition exacte, parce qu'elle ne nous donnent pas le

(1) *System des buegerl. Recht.*, t. I, p. 227, note 7

(2) *Op. cit.*, p. 96.

(3) *Kommentar*, p. 197.

(4) *Burgerl. Recht*, t. I, p. 484

(5) *Kommentar*, p. 302.

motif juridique pour lequel on doit considérer ces dispositions comme faisant partie de la constitution.

On ne peut arriver à une définition précise du concept de la constitution, que si on a comme point de départ la détermination du but que la constitution doit remplir. La nécessité d'une constitution est conditionnée par la nature des personnes juridiques. Celles-ci sont d'après l'opinion prédominante, des êtres réels auxquels manque la perception. Pour suppléer à cette lacune, on doit créer certaines organisations, qui donnent la possibilité à la personne juridique de s'affirmer. En première ligne, ce sont les organisations qui servent à la formation de la volonté des personnes juridiques. De telles organisations sont indispensables, car ce sont elles qui donnent à la fondation la qualité nécessaire pour devenir une personnalité : « la capacité de vouloir est la seule qualité nécessaire d'un être, grâce à laquelle il peut devenir un sujet de droit » (1). La personne juridique doit avoir une volonté propre et indépendante pour être une vraie personne ; par conséquent, il doit exister certaines organisations qui ont le but de créer cette volonté.

L'ordre juridique a reconnu la capacité juridique à cette personne, qui possède une volonté propre : elle peut être sujet des droits et des obligations. Mais ce n'est pas son seul rôle : elle doit pouvoir accomplir les actes et les déclarations de volonté, auxquels l'ordre juridique attache la naissance, la transformation et la

(1) Zitelmann, *Begriff u. Wesen der jur. Personen*, p. 68.

suppression des droits subjectifs, comme ses propres actes. Cette tâche conduit à la création des organes, qui permettent à la personne juridique d'exprimer ses actes sous une forme sensible. Ces organes ne sont pas des représentants qui agissent à la place de la personne juridique ; c'est la personne juridique elle-même qui agit par eux : les actes et les déclarations de volonté des organes sont des actes et des déclarations de volonté de la personne juridique.

Par conséquent, l'existence de la personne juridique n'est pas possible sans une organisation, qui lui donne la possibilité de se manifester comme un être viable dans le commerce juridique. La création de ces organisations est la tâche de la constitution et les dispositions, ayant comme but de faire naître et de conserver ces organisations, constituent dans leur totalité ce qu'on appelle la constitution dans le sens matériel.

La caractéristique de ces dispositions constitutionnelles devient plus facile, si nous essayons de formuler par un mot les autres dispositions statutaires. On pourrait désigner ces dispositions sous le nom de règles administratives. Ces dispositions ne donnent que des règles déterminées sur l'administration des intérêts de la fondation, et elles sont acceptées dans les statuts pour donner d'avance des indications précises pour le règlement de ces intérêts. Elles doivent être insérées dans les statuts, parce que le fondateur n'a pas une autre possibilité d'agir sur la fondation d'une manière efficace.

Il s'ensuit donc que les règles sur les dispositions

de patrimoine adressées aux destinataires n'ont aucune relation avec le but de la constitution exposé plus haut ; elles ne donnent que des indications sur la manière dont le patrimoine de la fondation doit être administré et utilisé pour atteindre le but de la fondation. Ce sont donc de simples règles administratives. Par conséquent, Oertmann part d'une prémisse fausse.

Mais la théorie d'Oertmann ne donne pas non plus de réponse satisfaisante à la seconde question que nous nous sommes posée : le droit objectif rattache-t-il aux dispositions de la constitution la naissance des créances ?

Conformément à l'art. 305, il est nécessaire pour la création d'une obligation par un acte juridique, de même que pour la modification de son contenu, d'un contrat entre les parties, sauf disposition contraire de la loi. Nous devons donc examiner si nous pouvons faire pour les dispositions de l'acte de fondation une exception à l'art. 305, c'est-à-dire si nous pouvons fonder des créances en faveur des tiers par les dispositions des statuts.

L'art 305 exprime le principe reconnu depuis longtemps que la promesse unilatérale ne peut pas fonder une obligation si l'autre partie ne donne pas son acceptation. On n'établit d'exception à cette règle fondamentale que dans le cas où la loi prend une disposition spéciale, comme par exemple pour la promesse de récompense ou la dette souscrite au porteur.

Mais l'art. 305 ne doit pas être interprété dans le sens que l'exception doit être établie d'une manière

expresse. La loi peut donner à entendre d'une manière tacite qu'elle veut faire une exception au principe de l'art. 305. Tel est le cas pour les dispositions contenues dans les statuts d'une personne juridique. Les statuts d'une association ne prennent pas naissance par un contrat et malgré cela on n'a jamais douté que la loi rattache aux dispositions des statuts la naissance des créances en faveur des membres de l'association.

Nous devons examiner à présent, si une telle possibilité existe dans notre cas spécial. Nous avons prouvé l'existence des créances, qui ont leur source dans les dispositions statutaires ; mais nous devons nous demander quelle est l'étendue que la loi donne à ces créances. L'exemple qu'on a donné se rapportait aux membres d'une association, c'est-à-dire aux personnes qui se trouvaient dans un rapport intime avec la personne juridique. Mais est-ce que les dispositions des statuts peuvent donner naissance à des créances en faveur des tiers qui sont complètement étrangers à la personne juridique ? La réponse ne peut être que négative. Les statuts ne peuvent réglementer que les rapports entre la personne juridique et les tiers. L'exception à l'art. 305 ne peut pas avoir dans ce cas spécial cette étendue.

La justesse de cette opinion ressort indirectement de l'art. 26, al. 2, qui dispose : « L'étendue du pouvoir de représentation de la direction peut être restreinte par les statuts, même à l'égard des tiers. » La loi a trouvé nécessaire de prendre une disposition spéciale pour rendre efficace à l'égard des tiers une telle limitation.

Cette disposition n'aurait pas été nécessaire, si dans la loi se trouvait le principe que les dispositions statutaires peuvent avoir un effet par rapport aux tiers.

Nous avons fini l'analyse de la théorie d'Oertmann. Le résultat est négatif. Les arguments d'Oertmann ne peuvent pas conduire à une affirmation de la doctrine prédominante.

Nous devons, à présent, examiner les deux autres théories qui trouvent le fondement de la créance dans l'analogie, d'une part avec le contrat en faveur des tiers, d'autre part avec le legs. Ces deux théories ont un trait commun : elles considèrent les prescriptions du fondateur sur les dispositions de patrimoine adressées aux destinataires comme des déclarations de volonté unilatérales et cherchent à prouver que ces déclarations ont un effet créateur d'obligations. Elles ne tirent donc aucune conséquence du fait que les prescriptions du fondateur sont des éléments des statuts et ne posent même pas le problème de savoir si ces prescriptions sont des dispositions constitutionnelles.

II. — *La théorie des Protocoles :*

Les Protocoles établissent un parallèle entre la déclaration unilatérale du fondateur et le contrat en faveur du tiers. On a d'un côté un contrat, d'un autre une déclaration unilatérale de volonté avec l'intention d'obliger le contractant ou la personne à laquelle la déclaration est adressée, à une prestation en faveur d'un tiers et de donner à celui-ci un droit de créance. Les deux cas sont une exception à l'art. 305. Seulement, dans

le cas de la déclaration unilatérale, l'exception est plus grande, parce qu'ici la condition de l'accord contractuel manque. La similitude entre les deux cas n'est pas suffisante pour justifier une conclusion par analogie. Une analogie ne peut être établie que dans les cas où les situations juridiques contiennent des éléments essentiels identiques et ne diffèrent que par des points secondaires. Quoique le contrat en faveur du tiers et la déclaration unilatérale montrent une grande ressemblance extérieure, la différence s'accuse dans un point essentiel. La cause de l'obligation, d'un côté un contrat, de l'autre une déclaration unilatérale, est différente, et pour ce motif une conclusion par analogie semble exclue.

III. — *La théorie de la Cour suprême :*

Nous ne pouvons trouver une solution du problème que dans la théorie de la Cour suprême de l'Empire. Il se présente des cas où il est nécessaire de créer des obligations et de fonder des créances, quoiqu'il n'existe pas la possibilité d'un accord contractuel, mais seulement une déclaration de volonté unilatérale. La loi a admis l'obligation du promettant envers soi-même par promesse unilatérale en cas de dette souscrite au porteur et de promesse de récompense. Mais la loi connaît même l'obligation envers un tiers par déclaration unilatérale de volonté en cas de legs et de charge : le légataire a un droit de créance, qui a pris naissance par la déclaration unilatérale du testateur envers le grevé. L'analogie avec la fondation est complète : dans les deux

cas, le fondateur ou le testateur dispose de son patrimoine ou d'une partie de son patrimoine en faveur d'un tiers par déclaration unilatérale de volonté.

La loi n'a pas établi une exception générale à l'art. 305 pour les déclarations unilatérales de volonté, comme elle l'a fait pour les contrats en faveur d'un tiers. Mais la loi a comme principe d'admettre une exception à l'art. 305 dans tous les cas où il est nécessaire, dans l'intérêt du commerce juridique, de créer un rapport obligatoire, et il n'est pas possible d'atteindre ce but par un accord contractuel.

Cette nécessité existe, sans aucun doute, dans le cas des dispositions du fondateur en faveur des destinataires. Le fondateur ne peut obliger la fondation que par une déclaration de volonté unilatérale et non par un contrat, parce que la fondation n'existe pas encore à l'époque de la rédaction de l'acte de fondation. Il n'y a pas de doute qu'il soit nécessaire de créer un rapport d'obligation entre la fondation et le destinataire, car seulement le droit à l'action en justice, qui prend naissance par l'existence d'une créance, offre des garanties suffisantes que le destinataire ne sera pas lésé dans ses droits. Ce droit doit être d'autant plus reconnu qu'il y a des Etats comme la Bavière où le contrôle de l'Etat ne s'étend que sur les fondations de droit public (1).

Il résulte donc que les conditions que la loi trouve nécessaires pour l'admission des exceptions à la règle de l'art. 305, existent aussi dans notre cas. D'une part,

(1) Art. 6 de la loi d'exécution.

c'est l'impossibilité de prendre des dispositions par voie contractuelle dans l'acte de fondation ; d'autre part, la nécessité de la naissance des créances en faveur des destinataires de la fondation.

Nous sommes donc arrivés à la solution du problème que nous nous sommes proposés. Nous avons prouvé qu'il est impossible de fonder des créances en faveur des destinataires par les prescriptions des statuts. On ne peut pas arriver à une solution positive qu'en considérant les prescriptions des statuts, qui se rapportent aux dispositions en faveur des destinataires, comme des déclarations unilatérales du fondateur. Cette déclaration de volonté du fondateur, émise dans l'intention d'obliger la fondation et de donner un droit au destinataire, constitue le fait juridique auquel le droit objectif rattache la naissance des créances.

Nous devons, par conséquent, examiner s'il existe une telle volonté exprimée dans les statuts et seulement si le fondateur l'a voulu, les destinataires ont le droit de réclamer la prestation promise. Il est rare de voir cette volonté manifestée d'une manière expresse dans les statuts ; on doit interpréter la plupart du temps la volonté probable du fondateur par le contenu intégral de l'acte de fondation. On doit appliquer par analogie l'art. 328, al. 2, établi par le Code pour l'interprétation des contrats en faveur du tiers, qui dispose : « A défaut de disposition particulière, il faut rechercher d'après les circonstances, spécialement d'après le but du contrat, si le tiers doit acquérir le droit de réclamer la prestation. »

Ainsi, nous avons tiré, du fait que la personne du destinataire et la prestation imposée à la fondation sont déterminées d'une manière précise, la conclusion que le destinataire possède une créance revendicable en justice.

On ne peut par parler d'un droit de créance jusqu'au moment du choix du destinataire dans tous les autres cas où le fondateur, ne déterminant que la catégorie des personnes dont le choix doit être effectué, a laissé ce choix à la libre décision de l'administration de la fondation : le motif est qu'auparavant il n'existe pas encore de créancier. La naissance d'une créance par l'exécution du choix n'est possible que s'il résulte de l'acte de fondation que le fondateur a voulu accorder ce droit de créance aux destinataires.

Enfin, pour les fondations qui ont été créées dans l'intérêt du public en général, de telle manière que chacun puisse en tirer un profit, on ne peut pas affirmer que les destinataires aient un droit de créance.

TITRE III

Transformation et disparition de la fondation

CHAPITRE PREMIER

La transformation de la fondation

En principe, la fondation doit conserver la physionomie que lui a imprimée son auteur. En l'absence de dispositions spéciales, elle ne peut pas par elle-même modifier sa structure originale. La volonté du fondateur apparaît comme la loi qui enchaîne ses organes, exclut leur libre arbitre, restreignant leur initiative aux actes accessoires d'administration interne. C'est d'abord le respect d'une volonté dernière qui s'impose. Et il y a encore après une raison pratique, qui est l'encouragement à des actes philanthropiques, dont la réalisation posthume laissée à l'arbitraire et au caprice enrayerait le bienfaisant essor.

Mais la fondation reste indéfiniment figée dans les mœurs d'une époque. Immobile et intangible, elle risque de ne plus s'adapter aux fluctuations des goûts et des nécessités nouvelles. La particularité du but de la fondation consiste dans le fait qu'il est toujours d'une nature abstraite, c'est-à-dire qu'en dépassant les intérêts des individus isolés, il est d'accord avec les buts et les devoirs de l'État. Autrement, l'État n'autoriserait

jamais une organisation fondée sur un acte de volonté privée. La fondation doit sa situation privilégiée à sa nature sociale, fondée sur le but proposé et sur l'organisation donnée. Mais si avec le temps, par des transformations d'ordre politique ou social, le but de la fondation n'est plus en harmonie avec les intérêts de l'État, ou s'il met en péril le bien-être de la société, on ne doit plus considérer la fondation comme une organisation sociale. Dans ce cas, le devoir de l'État est d'empêcher les effets nuisibles d'une institution créée par son autorisation. Il s'ensuit que l'État doit avoir la possibilité par la transformation du but de la fondation de défendre l'intérêt général ou par la privation de la personnalité juridique de supprimer une fondation, qui ne peut plus être une organisation sociale.

On doit donc attribuer à ces considérations de politique sociale la disposition de l'art. 87, al. 1 : « Si l'accomplissement du but de la fondation est devenu impossible ou si elle compromet l'intérêt public, l'autorité compétente peut donner à la fondation un autre but ou la supprimer. » La possibilité juridique de la transformation de la fondation est subordonnée à deux conditions : 1° l'impossibilité de l'accomplissement du but ; 2° la mise en danger de l'intérêt général par la réalisation du but. Nous analyserons ces deux conditions, quand nous parlerons de l'extinction de la fondation.

Si ces deux conditions sont réalisées, l'autorité peut donner un autre but à la fondation ou la supprimer. Pour savoir laquelle de ces deux mesures doit être prise, l'autorité se décidera d'après ce critérium : on doit re-

chercher d'abord ce qui correspondrait le mieux à l'intention présumée du fondateur ; dans les circonstances actuelles, aurait-il créée encore la fondation pour poursuivre un autre but que celui désigné dans l'acte de fondation ou aurait-il renoncé tout simplement à son intention de fonder ? En cas de doute, l'autorité doit se décider pour la transformation de la fondation comme la mesure la moins rigoureuse (1). L'autorité compétente est souveraine de décider la transformation ou la suppression.

La transformation de la fondation ne suppose pas une suppression antérieure, mais au contraire elle l'exclut. La continuation de la fondation n'est pas interrompue, son identité juridique reste la même. On doit considérer la transformation comme un acte unitaire et non pas comme un acte double (2). D'après sa nature juridique, c'est un acte d'autorité constitutif, de même que l'acte d'autorisation.

Quand on transforme le but de la fondation, on doit, conformément à l'art. 87, al. 2, prendre en considération autant que possible l'intention du fondateur, spécialement dans le sens que les revenus du patrimoine soient autant que possible réservés à la catégorie de personnes à laquelle ils doivent profiter selon l'intention du fondateur. Le principe fondamental qu'on doit respecter, c'est qu'en modifiant le but spécial de la fondation son but principal reste dans la même sphère

(1) Planck, *op. cit.*, § 87, note 4 ; Köhler, *op. cit.*, p. 251.

(2) Meurer, *Die jurist. Personen*, p. 323-24.

administrative (1). Si, par exemple, une fondation pour les étudiants d'un certain établissement d'instruction supérieure devient impossible parce que l'établissement a cessé d'exister, la fondation sera transformée d'une manière telle que ses revenus soient attribués à un établissement pareil. C'est l'autorité qui a un pouvoir souverain de décider, comme il résulte de l'expression employée par l'art 82, al. 2 (autant que possible), si les revenus doivent rester à la même catégorie de personnes. Mais, dans la mesure où les destinataires ont un droit revendicable en justice, leurs droits ne peuvent pas être supprimés par la transformation de la fondation.

La transformation du but de la fondation implique la modification des statuts. Conformément à l'art. 87, al. 2, l'autorité compétente peut modifier les statuts de la fondation, dans la mesure où l'exige la transformation du but. Par exemple, un transfèrement du domicile de la fondation ou une modification de l'organe administratif peut être nécessaire. Avant de transformer le but de la fondation et de modifier les statuts, l'autorité compétente peut entendre la direction de la fondation (art. 87, al. 3). Mais, comme cette disposition n'est pas une règle impérative, sa non-exécution n'aura aucun effet sur l'efficacité de la transformation.

(1) Köhler, *op. cit.*, p. 250.

CHAPITRE II

La révocation de la fondation

Le droit de révocation concédé par l'art. 81 au fondateur est en relation avec la nature juridique de l'acte de fondation. Celui-ci étant un acte juridique unilatéral ne peut pas obliger le fondateur du moment de la simple déclaration de volonté.

Le fondateur ne peut être lié que du moment où la fondation a suffisamment éveillé les intérêts des contemporains, de sorte qu'une révocation apparaîtrait comme une atteinte à des expectatives justifiées. Cela ne peut arriver qu'au moment où l'autorisation a été accordée.

La loi a créé deux degrés du droit de révocation : la révocation avant la présentation de la requête d'autorisation et la révocation après la requête.

Le fondateur a le droit de révocation sans aucune restriction, tant qu'il n'a pas demandé l'autorisation de la fondation. Le droit de révocation est une déclaration de volonté unilatérale qui n'implique pas réception. Il n'a pas besoin d'une forme spéciale ; il peut s'induire de certains faits, par exemple si le fondateur détruit l'acte de fondation ou s'il dispose du patrimoine consacré pour un autre but. Une révocation partielle peut résulter du fait que le fondateur modifie le contenu du patrimoine, en disposant de certaines choses qu'il avait consacré à la fondation. Dans ce cas, il doit exprimer dans la requête d'autorisation son intention de créer une fondation avec un patrimoine diminué ; au-

trement, il n'a pas révoqué, et l'acte de fondation persiste dans sa teneur première.

On pourrait affirmer que, du moment qu'une fondation entre vifs ne peut pas être autorisée sans une requête du fondateur, une révocation de la fondation avant la présentation de la requête n'aurait aucune importance juridique. Mais la chose ne se présente pas de cette manière ; la révocation rend l'acte de fondation inexistant. Si on ne révoque pas, l'acte de fondation persiste et l'héritier du fondateur peut présenter la requête d'autorisation comme pour une fondation entre vifs du testateur. Si, au contraire, la fondation est révoquée, l'héritier, s'il veut garder la fondation, doit demander l'autorisation d'une fondation créée par lui.

S'il y a plusieurs fondateurs, le problème se pose de savoir s'il est nécessaire que l'acte de fondation soit révoqué par tous les fondateurs ou si la révocation d'un seul suffit, de sorte que l'acte de fondation est supprimé même dans le cas où les autres fondateurs ne veulent pas révoquer. Planck (1) et Stintzing (2) sont de cette dernière opinion. Au contraire, Oertmann (3) veut laisser subsister l'acte de fondation, si par les déclarations des fondateurs, qui ne révoquent pas, les exigences de l'acte de fondation sont satisfaites. Nous approuvons cette opinion, parce que dans un acte de fondation qui est rédigé par plusieurs, il s'agit seulement

(1) *Op. cit.*, p. 155.

(2) *Op. cit.*, p. 436.

(3) *Op. cit.*, p. 217.

de savoir si les conditions légales de l'acte sont remplies. Si ce cas se présente, quand un des fondateurs révoque l'acte, il n'y a aucune raison de refuser aux autres fondateurs le droit de créer la fondation.

Le même problème se pose dans le cas où il existe plusieurs héritiers du fondateur. Planck (1) et Hölder (2) affirment que chacun des cohéritiers a le droit de révocation. Au contraire, d'autres auteurs (3) demandent que tous les cohéritiers doivent déclarer la révocation en commun et s'appuient sur l'art. 2038, auquel l'opinion de Planck et Hölder constitue une exception. On ne trouve dans le Code aucun fondement pour une telle exception. Certainement, l'intention de la loi n'a pas pu être de faire dépendre l'existence de la fondation de la volonté de chaque cohéritier.

Si l'autorisation a été demandée à l'autorité compétente, la révocation ne peut être déclarée qu'à cette dernière. L'héritier du fondateur n'est pas autorisé à révoquer la fondation, lorsque le fondateur a présenté la requête à l'autorité compétente ou lorsque, dans le cas où l'acte de fondation a été dressé en justice ou par notaire, il a chargé de cette présentation le tribunal ou le notaire (art. 81, al. 2). Si, au contraire, le fondateur a chargé une autre personne de présenter la requête, l'héritier a le droit de révoquer l'acte de fondation.

(1) *Op. cit.*, § 81, Nr. 5.

(2) *Kommentar*, § 81, Nr. 3.

(3) Dernburg, *Pandekten*, § 92, note 21, Stintzing, *op. cit.*, p. 407 ; Oertmann, *op. cit.*, § 81, Nr. 4.

La capacité réduite du fondateur n'empêche pas, conformément à l'art. 107, le droit de révocation ; celui-ci se libère d'une obligation juridique, et par conséquent il acquiert un avantage.

Le fondateur peut exercer le droit de révocation jusqu'au moment où la fondation est autorisée. Après la concession de l'autorisation, le droit de révocation est exclu, même si le fondateur n'a aucune connaissance de cette concession. D'après Kohler (1), la fondation est irrévocable, du moment que : 1° l'autorisation a été accordée ; 2° le fondateur a créé des organes auxquels il a transmis un patrimoine ; 3° quand la fondation, par une consécration de patrimoine et par une utilisation de ce patrimoine conforme au but, a pris naissance d'une manière effective. Quand on accorde à l'autorisation de l'Etat une force constitutive, comme le fait le Code, la simple autorisation est suffisante pour rendre la fondation irrévocable.

Pour l'acte de fondation à cause de mort, il n'est pas nécessaire d'une disposition spéciale sur le droit de révocabilité : le testateur peut à chaque moment changer sa volonté et révoquer l'acte de fondation. L'héritier, chargé de l'établissement de la fondation, ne peut pas révoquer l'acte de fondation ; cela résulte des principes successoraux généraux et de la disposition de l'art. 84, d'après lequel la fondation est réputée, quant aux libéralités du fondateur, avoir été faite avant son décès. Au contraire, le droit de révocation du fonda-

(1) *Op. cit.*, p. 232.

teur, qui résulte d'un acte de fondation entre vifs, est transmissible à son héritier.

CHAPITRE III

L'Extinction de la fondation

Quoique la fondation soit irrévocable, elle ne doit pas quand même exister pour l'éternité. Elle peut être temporaire, parce que son but est temporaire. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'une limite dans le temps, mais de l'extinction de la fondation par suite de la disparition de son but. Si on parle des fondations perpétuelles, on ne doit accepter ce terme que *cum grano salis*. On affirme par cela que la fondation ne peut avoir d'autres causes d'extinction que celles qui se trouvent dans sa nature même ; et le trait fondamental d'une fondation c'est qu'elle doit servir à un but. Mais il y a des buts qui sont temporaires, qui ne peuvent pas subsister pendant une époque indéterminée : par exemple, les fondations pour les blessés d'une certaine guerre.

Il y a des différents motifs d'extinction d'une fondation. Parce qu'on doit considérer les règles sur la durée de la fondation comme des parties constitutives de ses statuts (1), à défaut des prescriptions impératives du droit de l'Empire, on doit appliquer, conformément à l'art. 85, le droit impératif des États. En dernier lieu, ce sont les dispositions éventuelles de l'acte de fondation qui décident. D'après l'art. 85 du second

(1) Oertmann, *op. cit.*, p. 227, note 1.

projet, on devrait respecter les dispositions des lois des États. L'article a été effacé par la Commission du Reichstag et remplacé par l'art. 87 actuel. Mais, comme on peut fixer dans les statuts d'une fondation des règles sur son extinction et comme, d'après l'art. 85, les statuts peuvent reposer sur une loi d'Empire ou d'État, on applique, malgré la disparition de l'art. 85 du second projet, les lois des États. Nous devons examiner les causes d'extinction d'une fondation d'après les trois sources que nous avons énumérées, c'est-à-dire : les lois de l'Empire, les lois des États et l'acte de fondation.

I. — *Les lois de l'Empire :*

Ce sont les art. 86 et 87 qui contiennent les dispositions du droit de l'Empire sur l'extinction d'une fondation :

a) L'ouverture de la faillite :

L'art. 86 renvoie à l'art. 42 qui dispose : « L'association perd la capacité juridique par l'ouverture de la faillite. » D'après la lettre de la loi, il résulte que la fondation perd sa capacité par l'ouverture de la faillite. Mais par ce fait, elle perd aussi son existence. Cela résulte du fait qu'il n'existe pas, d'après le Code, de fondation sans capacité juridique, tandis qu'une association peut exister sans cette capacité. La règle de l'art. 42 est une règle impérative ; elle ne peut pas être modifiée par les dispositions du droit des États ou par l'acte de fondation.

b) Dans les cas prévus par l'art. 87 :

L'autorité compétente peut supprimer la fondation

quand l'accomplissement du but est devenu impossible ou quand il compromet l'intérêt public.

1) L'accomplissement du but de la fondation est devenu impossible. L'impossibilité de l'accomplissement du but peut être une impossibilité de fait ou une impossibilité juridique.

Le premier cas se présente quand le but de la fondation a été réalisé entièrement. Une continuation de l'activité de la fondation dans la direction donnée par le fondateur est dans ce cas une impossibilité de fait. On doit décider, d'après chaque cas spécial, si la perte du patrimoine de la fondation est une impossibilité de fait. On doit se prononcer contre la dissolution s'il y a une perspective sérieuse que la fondation va acquérir un nouveau patrimoine dans un certain délai (1). Des auteurs comme Oertmann (2), Kohler (3) et Roth (4) considèrent au contraire la perte du patrimoine comme une impossibilité de la réalisation du but et par conséquent comme une cause d'extinction de la fondation. On doit considérer le but comme impossible aussi dans le cas où il est tellement en désaccord avec les nécessités de l'époque, qu'il ne paraît pas raisonnable. Au contraire, le fait que pendant l'existence de la fondation, il y aurait d'autres buts qui s'affirment et qui méritent d'être favorisés dans une plus grande mesure

(1) Meurer, *Die jurist. Personen*, p. 79, Beseler, *Deutsches Privatrecht*, t. I, § 71, note 15, Hölder, *Jurist. Personen*, p. 243.

(2) *Op. cit.*, § 87, N° 3.

(3) *Op. cit.*, p. 253.

(4) *Op. cit.*, p. 219.

que le but poursuivi par la fondation ne justifie pas une intervention de l'autorité. L'opinion de Gradenwitz (1) que la fondation devrait être transformée aussi dans le cas où la réalisation du but est possible et permise, mais on pourrait supposer que le fondateur, prenant en considération les circonstances actuelles, approuverait la transformation, ne peut pas être admise.

Il y a impossibilité juridique de réaliser le but, quand celui-ci n'est plus permis. Cette impossibilité ne peut se présenter que postérieurement à la création de la fondation, parce que autrement l'autorisation n'aurait pas été accordée ; elle doit être attribuée à un changement des rapports ou des conceptions juridiques.

2) L'accomplissement du but de la fondation est encore possible, mais il compromet l'intérêt public ; dans ce cas, l'autorité compétente doit prendre les mesures prescrites par l'art. 87. Dans ce cas aussi, la lésion des intérêts généraux ne peut être attribuée qu'à un changement de l'opinion publique, autrement la fondation n'aurait pas été autorisée. Il faut remarquer que c'est la réalisation, conforme aux statuts, du but, qui doit compromettre l'intérêt général, pour justifier une intervention de l'autorité. La simple conduite des organes, contraire aux statuts, ne suffit pas ; dans ce dernier cas, on n'a qu'à révoquer l'organe de direction.

II. — *Les lois des Etats :*

L'opinion représentée par la Commission du Reichs-

(1) *Der Wille des Stifters* dans *Kant's Festschrift*, p. 197.

tag que le problème de la transformation et de la dissolution des fondations soit réglé d'une manière limitative par l'art 87 (1) n'est pas partagée par la doctrine. L'opinion prédominante considère la notion de statut de l'art. 85 dans un sens plus large et ajoute aux règles sur l'administration de la fondation aussi les dispositions sur la transformation et la dissolution des fondations (2). Mais du moment que, conformément à l'art. 85, les lois des États décident sur l'administration d'une fondation, ces lois s'appliquent aussi à l'extinction des fondations dans la mesure qu'il n'existe pas des lois impératives de l'Empire. Il n'y a que les art. 42 et 87 qui doivent être considérés comme de telles lois ; en dehors de ces règles, les lois des États peuvent prendre des dispositions. La Prusse a usé de ce droit dans l'art. 4 de la loi d'exécution du Code, qui décide : « La transformation des statuts d'une fondation qui n'est pas une fondation de famille, de même que sa suppression peut être ordonnée par la décision de la direction avec l'approbation de l'État. »

Dans quelle mesure doit être appliqué l'art. 4 de la loi d'exécution par égard à l'art. 87 du Code civil ? Cette question a été discutée par la doctrine. Kohler (3) est d'opinion que l'art 87 réglemente l'extinction des fondations d'une manière exclusive et considère l'art. 4 comme inapplicable. Mais l'opinion la plus juste est la

(1) *Komm. Berichte*, § 83.

(2) Oertmann, *op. cit.*, § 87, N° 1; Staudinger, *op. cit.*, § 8, t. II.

(3) *Lehrbuch*, t. I, p. 426.

suivante : l'art. 87 dispose que l'Etat doit au moins intervenir dans le cas qu'il détermine ; il n'a pas comme but de défendre la fondation contre les dispositions des lois des Etats, mais plutôt la tâche de préserver l'intérêt général contre les préjudices apportés par des fondations impossibles ou dangereuses. L'art. 4 doit être appliqué dans les cas où les conditions de l'art. 87 ne sont pas réalisées, mais la suppression des fondations doit être prononcée, parce qu'il existe d'autres motifs sérieux (1).

Par opposition à l'art. 87, il n'est pas nécessaire pour l'application de l'art 4 de l'existence de certaines conditions légales. D'après la loi prussienne, la suppression d'une fondation peut être ordonnée dans les cas, en dehors de ceux de l'art. 87, quand la direction d'une fondation le décide avec l'approbation de l'Etat.

Les prescriptions de l'art. 4 sont impératives et par conséquent elles ne peuvent pas être modifiées par l'acte de fondation.

III. — *L'acte de fondation :*

D'après l'art 85, l'acte de fondation peut prendre des dispositions sur l'extinction de la fondation, dans la mesure où elles ne sont pas en contradiction avec les règles impératives du droit de l'Empire ou des Etats. Il peut, par exemple, limiter la durée de la fondation, en introduisant une condition résolutoire ou en la faisant dépendre de l'arrivée d'un certain événement. La

(1) Heymann, *Materialien zu den preuss. Ausführungsgesetzen*, p. 925.

fondation s'éteint dans ce cas avec la réalisation de la condition ou l'arrivée du terme, sans qu'il soit nécessaire d'une décision de l'autorité.

La suppression de la fondation peut être déclarée aussi par l'Etat, en dehors des conditions de l'art. 87, dans le cas où il a autorisé la fondation sous cette réserve. Mais la chose n'est admissible que dans le cas où le fondateur veut d'une manière expresse créer une fondation ayant une existence précaire ; car le pouvoir public ne peut autoriser la fondation que de la manière voulue par le fondateur.

Une question très importante est celle de la dévolution du patrimoine de la fondation. L'art 88 dispose : « A l'expiration de la fondation, son patrimoine est dévolu aux personnes désignées dans les statuts. Les dispositions des art. 46 à 53 sont appliquées par analogie. » Donc, l'art. 88 fait une exception à l'ordre établi par l'art. 85 ; c'est une règle impérative, et par conséquent l'acte de fondation passe avant les lois des Etats. A cette règle du droit de l'Empire s'ajoute une disposition supplétive du droit des Etats, l'art. 5, al. 2, de la loi d'exécution prussienne ; on doit donc observer cet ordre successif pour la dévolution du patrimoine de la fondation :

a) Ce sont les dispositions impératives du droit de l'Empire qui s'imposent en première ligne. Celui-ci renvoie à l'acte de fondation ;

b) On doit ensuite prendre en considération les personnes désignées dans l'acte de fondation ;

c) Dans la mesure où l'acte de fondation ne prend

aucune disposition, les attributions sont déterminées par le droit des États. D'après l'art. 5, al. 2, de la loi d'exécution, le patrimoine doit être dévolu, dans le cas où la fondation a été créée par une communauté ou corporation de droit public, à cette corporation, dans les autres cas au fisc.

1) Si le patrimoine de la fondation est dévolu aux personnes désignées dans l'acte de fondation, il y a lieu à une procédure de liquidation conformément à l'art. 88. L'administration du patrimoine de la fondation est confiée pendant la liquidation aux liquidateurs, qui ont la situation juridique de la direction, dans les limites établies par le but de la liquidation. La liquidation se fait par la direction, mais elle peut aussi être confiée à d'autres personnes, qui sont nommées conformément aux dispositions concernant l'établissement de la direction (art. 48, al. 1). Les liquidateurs ont le devoir de terminer les affaires courantes, de recouvrer les créances, de désintéresser les créanciers et de distribuer le reliquat aux successeurs. Ils doivent rendre publique la dissolution de la fondation (art. 49 et 50). Le patrimoine ne peut pas être délivré avant l'expiration d'une année à partir de la publication de la dissolution (art. 51) Jusqu'à la fin de la liquidation, la fondation est réputée exister, en tant que le but de la liquidation l'exige. (art. 49, al. 2.) Elle subsiste avec un but modifié, comme simple fondation de liquidation ; sa capacité juridique est limitée par le but de la dissolution.

2) Dans le cas où le patrimoine de la fondation est dévolu à une corporation de droit public ou au fisc, on

applique à cette « succession de droit social », comme la désigne Gierké (1), les principes de la succession attribuée au fisc comme successeur légal (art. 1936, 1942, al. 2, 1966.) Le patrimoine est transmis comme une universalité avec tous les droits et toutes les obligations à la corporation ou au fisc, sans qu'il ait le droit de répudier la succession. Les successeurs doivent utiliser, autant que possible, le patrimoine pour un but correspondant à celui de la fondation (art. 5, al. 2 de la loi d'exécution.)

APPENDICE

La fondation de famille

La fondation de famille éveille l'idée d'une institution lointaine et moyen-âgeuse, qui ne subsiste plus que par la force de la tradition. D'origine féodale germanique, elle ne s'est jamais implantée dans l'esprit latin trop rebelle à l'immobilisation fidéicommissaire des biens. Le Code allemand ne la mentionne pas dans la série des personnes juridiques, mais parce que c'est une catégorie de fondations privées on lui applique les dispositions des art. 80-88 du Code, dans la mesure où la loi d'exécution prussienne (art. 1-3 et 5) ne dispose pas autrement.

La fondation de famille est une fondation qui, d'après l'acte de fondation, est créée dans l'intérêt exclusif des membres d'une famille ou de plusieurs familles (art. 1, al. 1 de la loi d'exécution.) Cette définition est si géné-

(1) *Genossenschaftstheorie*, p. 857.

rale qu'on pourrait croire qu'elle comprend aussi le fidéicommis. Et en effet, Roth (1) considère les fondations de famille comme des fidéicommis de famille modifiés, sans avoir montré aucune relation historique ou dogmatique entre la fondation de famille et le fidéicommis de famille.

On reconnaît aujourd'hui généralement qu'on ne peut pas accepter l'assimilation des fondations aux fidéicommis de famille. La fondation de famille est un patrimoine avec une indépendance subjective, le fidéicommis un patrimoine avec une indépendance objective. Tandis que dans la fondation de famille les destinataires ne sont que des créanciers, dans le fidéicommis le destinataire acquiert une propriété directe pour la durée de sa vie. Dans la première, les membres de la famille sont appelés sans un ordre successoral déterminé, d'après l'existence de certaines qualifications ou l'arrivée de certains événements ; dans la seconde, au contraire, ils sont appelés conformément à un ordre préétabli.

Nous pouvons tirer ces conclusions de la définition donnée par la loi d'exécution du Code :

1) La fondation de famille est une fondation ; elle est donc une catégorie de la fondation réglementée par le Code. Elle est caractérisée par un but qui diffère de celui des autres fondations ; elle poursuit l'intérêt d'une famille déterminée.

2) La fondation de famille doit servir les intérêts des membres d'une famille. Le Code, ni la loi d'exécution

(1) *Op. cit.*, p. 202.

ne donnent pas une définition de la famille. Si l'acte de fondation ne contient pas une détermination directe ou indirecte de la notion de membre d'une famille, la famille doit comprendre la catégorie de proches parents, sans faire aucune distinction entre la parenté directe et la parenté collatérale (1). Les enfants illégitimes ont par rapport à la mère la situation d'un enfant légitime, ils appartiennent donc à la famille de la mère.

L'acte de fondation détermine en première ligne l'ordre et l'étendue dans laquelle les membres d'une famille sont appelés. Dans le cas où il y a des doutes, l'acte sera interprété d'après l'intention du fondateur ; on applique dans ce cas deux règles d'interprétation du Code prussien (II, 4 art. 35-36).

a) On suppose qu'en ce qui concerne l'ordre des membres d'une famille, on applique les règles de l'ordre successoral.

b) Si une famille désignée par un nom est appelée comme destinataire, on doit exclure tous ceux qui ne portent pas le nom de la famille.

3) La famille doit être déterminée, mais on peut désigner aussi les membres de plusieurs familles. Cette désignation peut être faite concurremment ou successivement, c'est-à-dire qu'une famille est appelée après l'extinction d'une autre. Dans ce dernier cas, on a deux fondations de famille.

4) La fondation de famille doit servir exclusivement l'intérêt des membres d'une famille, c'est-à-dire que la

(1) Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, t. III, § 1, note 2.

fondation ne doit pas servir d'autres buts secondaires qui ne concernent pas les membres de la famille.

Mais il arrive souvent que l'acte de fondation contienne aussi des dispositions sur une utilisation spéciale du patrimoine de la fondation ; dans ce cas on a une fondation de famille mixte. Il y a deux catégories de fondations de famille mixtes :

a) Les fondations mixtes successives, c'est-à-dire des fondations de famille où on prend une disposition sur l'emploi des revenus de la fondation dans un autre but, pour le cas de l'extinction de la famille. Dans ce cas, il y a une double fondation : la création directe d'une fondation de famille et la création conditionnée d'une fondation ordinaire. Il est nécessaire pour une telle fondation de l'autorisation du tribunal pour la fondation de famille et de l'autorisation du gouvernement pour la fondation ordinaire.

b) Les fondations mixtes concurrentes, c'est-à-dire les fondations dont les revenus sont attribués, même pendant l'existence de la famille, à d'autres buts, d'ordinaire à la satisfaction des intérêts généraux.

Dans ces fondations mixtes concurrentes, on trouve des éléments de la fondation ordinaire et de la fondation de famille ; on doit, du moment qu'il n'existe pas une réglementation spéciale des fondations mixtes, les subordonner à une de ces deux institutions. La condition de l'autorisation nécessaire à la naissance de la fondation nous oblige de décider. Si on peut appliquer les principes de la fondation de famille, l'autorisation du

tribunal est suffisante (1). Autrement, l'autorisation du chef de l'Etat est nécessaire (2). Une troisième opinion a été émise par la Cour suprême (3), demandant les deux autorisations comme nécessaires pour la naissance de la fondation concurrente. C'est la seconde opinion qui nous semble la plus juste, parce qu'on ne peut pas considérer une telle fondation comme une pure fondation de famille ; il est plutôt juste de lui appliquer les règles de la fondation ordinaire.

Les conditions de la naissance de la fondation de famille entre vifs sont les mêmes que celles de la fondation ordinaire. On doit donc appliquer l'art. 80 : la forme et le contenu de l'acte de fondation sont les mêmes.

En ce qui concerne l'autorisation de la fondation de famille, elle doit être accordée par le tribunal du domicile de la fondation. C'est un acte de juridiction gracieuse, tandis que l'autorisation des fondations ordinaires est un acte administratif. Par conséquent, le tribunal n'a que le droit d'examiner d'un point de vue formel si l'acte de fondation est rédigé d'une manière claire et précise et s'il contient des dispositions suffisantes sur l'organe de direction. Si ces conditions existent, l'autorisation doit être accordée (art. 1, al. 2 de la loi d'exécution prussienne).

Faut-il que le fondateur demande l'approbation de l'héritier réservataire quand il veut créer une fondation

(1) Crusen-Müller, *Das preuss. Ausführungsgesetz*, p. 49.

(2) Förster-Eccius, *Preussisches Privatrecht*, t. IV, § 241.

(3) R. G. E., t. 18, p. 135.

de famille pour éviter l'action en réduction ? La solution de ce problème dépend de la question suivante : peut-on considérer les fondations comme des donations ? La réponse est négative, mais dans ce cas spécial la fondation a la même importance pour l'héritier réservataire qu'une donation. Il y a donc des motifs sérieux qui demandent l'application par analogie des règles de la donation. Car il serait contradictoire de compter pour l'évaluation de la réserve la donation que le fondateur a fait à une fondation déjà existante, et de ne pas prendre en considération la disposition d'une somme égale en vue de la création d'une nouvelle fondation. Il n'y a, au point de vue économique, aucune différence pour l'héritier réservataire entre les deux hypothèses. Par conséquent, on doit appliquer par analogie l'art. 2325 à la consécration d'une valeur pour la création d'une fondation (1). Donc, conformément à l'art. 2325, si le fondateur a consacré son patrimoine ou une partie de son patrimoine pour la création d'une fondation de famille, l'héritier réservataire a le droit de demander comme supplément de sa réserve, le montant dont sa réserve s'augmente quand on ajoute à la succession le patrimoine consacré. Il s'ensuit que pour éviter l'action en réduction, le fondateur doit demander le consentement de l'héritier réservataire, dans le cas où la création de la fondation de famille porte atteinte à sa réserve.

Le fondateur peut aussi créer une fondation de fa-

(1) Dernburg, *Bürgerl. Recht*, t. V, § 188 ; Planck, *op. cit.*, § 2325, N° 2 ; R. G. E., t. 54, p. 400.

mille par une disposition à cause de mort. L'acte de fondation et son contenu est le même que pour la fondation ordinaire. Peut-on introduire une modification dans l'acte de fondation à cause de mort, au cas où celui-ci ne contient pas un de ses éléments essentiels ? Il était admissible, d'après le Code prussien (II, 4, art. 60), que le contenu de l'acte de fondation soit complété ou interprété par une décision de la famille avant la naissance de la fondation de famille. La législation d'aujourd'hui admet la possibilité d'une décision de famille concernant la modification des statuts et la suppression de la fondation, seulement pour les fondations existantes (art. 2, al. 1 de la loi d'exécution.) Mais si la décision de la famille peut modifier les statuts, elle peut d'autant plus les compléter ou les interpréter. On peut déduire du sens de l'art. 2 que si le législateur admet la possibilité d'une décision de famille pour les fondations existantes, il la reconnaît aussi pour les fondations qui doivent naître, car les principes qui régissent l'existence des personnes naturelles ou juridiques s'étendent aussi à la phase de leur « vie embryonnaire ». (1)

En ce qui concerne l'autorisation de la fondation de famille à cause de mort, le tribunal doit demander l'avis des membres de la famille (art. 1, al. 2 de la loi d'exécution.)

Il nous reste encore à examiner la transformation et la suppression des fondations de famille. D'après l'art. 2, al. 1 de la loi d'exécution, la modification des statuts,

(1) Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 136.

de même que la suppression de la fondation, s'ensuit par la décision de la famille. La nature de la décision de la famille consiste dans le fait qu'elle constitue une volonté de la famille, qui complète la volonté du fondateur, et peut de cette manière adapter la fondation aux changements de l'opinion et à l'intérêt, qui n'est plus le même, de la famille. La décision de la famille doit être prise à l'unanimité et elle doit être autorisée par le tribunal qui administre ou surveille la fondation.

CONCLUSION

Il nous reste encore à examiner le système français de la fondation, le comparer au système allemand et montrer les désavantages que présente le premier. C'est ainsi que nous pourrions mettre en évidence les principes qui ont dirigé notre travail et en même temps justifier son utilité.

Le Code civil français, n'ayant fait aucune place aux fondations, il en résulte que celles-ci ne peuvent se réaliser que par les procédés ordinaires du droit commun. Le premier procédé, l'unique incontesté en France, c'est le don ou legs *sub modo* à personne morale préexistante. Ce mode de fonder présente de grands inconvénients. Le fondateur n'a même pas complètement le choix de son intermédiaire. Il doit recourir à l'Etat ou à une commune, dont la compétence pour les buts d'intérêt public est illimitée, à moins qu'il ne préfère pas transformer sa fondation en un don pur et simple qui

perdra son individualité dans le patrimoine d'une fondation de même nature. Si le fondateur s'écarterait de cette route, il ajouterait au sort de sa disposition dernière, en butte déjà peut-être à une attaque des héritiers, un surcroît d'insécurité : la probabilité d'une dénaturation de sa volonté par suite du choix maladroit de la tierce personne. En même temps, le patrimoine légué ne constitue pas à son tour une personne juridique indépendante, mais au contraire il se perd dans le patrimoine de la personne bénéficiaire. Enfin, les héritiers, justement ceux qui ont tout l'intérêt à faire tomber la fondation, ont une sanction mise à perpétuité à leur disposition.

M. Geouffre de Lapradelle, qui approuve ce mode de fonder et le considère comme le seul système résistant à toute critique, résume ainsi ses revendications : « Une seule personne pour un seul but, pas de fictions parasites, pas d'êtres moraux dont la compétence se confonde avec celle de personnes antérieures ; pas de doubles emplois. » (1.)

Cela s'applique parfaitement aux fondations publiques, qui émanent toutes du même fondateur, l'Etat. A l'Etat de concentrer sur un même objet les forces dont il est le maître et d'éviter perte de temps et gaspillage d'argent. Mais il doit laisser les collectivités privées libres de coaliser leurs forces, comme bon leur semble, en vue d'un but licite et de juger l'opportunité d'une extension de leur activité. « Ici (dans le domaine des éta-

(1) *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, p. 165.

blissements privés) doit régner la libre initiative et avec elle la multiplicité des efforts et la concurrence. La co-existence des établissements analogues, tendant au même but et rendant les mêmes services, n'est plus un mal : c'est un bien. » (1)

Mais à l'époque récente, surtout depuis l'arrêt du Tribunal civil de la Seine du 5 août 1897 (2), dans l'affaire de l'Académie Goncourt, et la décision de la Cour de cassation du 12 mai 1902 (3), dans l'affaire de la fondation de Finistret, la jurisprudence civile s'est efforcée de faire triompher le principe de la fondation de droit privé. C'est le legs avec charge adressé à personne physique en vue de créer un établissement nouveau. Dans son arrêt du 8 novembre 1923, le Tribunal civil de la Seine (4), se ralliant aux solutions de la jurisprudence administrative, a même consacré la validité du legs direct à l'œuvre future, l'interprétant comme un legs avec charge adressé à l'Assistance publique (5).

(1) Planiol, *note Dalloz*, 1895, I, 219.

(2) *Gazette des Tribunaux*, 7 août 1897.

(3) *Dalloz*, 1902, I, 425.

(4) *Gaz. Trib.*, 28 nov. 1923.

(5) L'espèce, qui présente un assez grand intérêt est la suivante : le sieur Mendelson avait disposé que le reste de sa fortune, après exécution de divers legs particuliers, serait employé à établir à Paris un Institut d'habitations gratuites pour les vieillards besogneux, remplissant certaines conditions. Le testament ne désignait aucun légataire, qui fut chargé d'établir la fondation et, pour cause, le tribunal civil de la Seine, dans un premier jugement du 25 octobre 1911 déclara non écrite la disposition comme contraire à l'art. 910 et 911 du Code civil. Mais la guerre survint et après elle la crise des logements. Le Comité de patronage des habitations à bon marché, la Ville de Paris

Mais la doctrine n'a pas admis sans restriction le legs avec charge adressé à personne physique ; les objections apportées à ce système n'ont pas été jusqu'aujourd'hui sérieusement réfutées (1). Ces objections sont les suivantes : 1° le légataire sans émoulement est un simple exécuteur testamentaire ; 2° dans le legs à charge de fondation adressé à personne physique se trouve une substitution prohibée par le Code ; 3° le légataire *sub modo* présente le caractère de personne interposée ; 4° l'obligation de donner, mise à la charge d'un héritier, ne peut être qu'un legs et non pas une charge.

Il y aurait lieu d'opposer une dernière objection im-

et l'Assistance publique firent chacun tierce opposition au jugement. Par son arrêt du 8 nov. 1923, le Tribunal civil de la Seine repoussa l'action du Comité de patronage et de la Ville de Paris, parce que le principe de la spécialité des personnes morales ne leur permettait pas, conformément à la loi du 12 avril 1906, de posséder les immeubles de l'institut précité. Au contraire, le Tribunal a reconnu fondée l'opposition de l'Assistance publique : les bénéficiaires de la disposition sont les pauvres de Paris, véritables légataires, représentés par l'Assistance publique. Le legs est un legs avec charge ; seulement il faut déclarer non écrite, en vertu de l'art. 900 du Code civil, une clause du testament, qui désigne pour la gestion et l'établissement de la fondation des personnes étrangères à l'Assistance publique. Cet arrêt marque un progrès évident de la jurisprudence dans la consécration de la fondation directe ; certainement, qu'en absence d'une loi rendant possible la création directe de la fondation privée, il a du interpréter la disposition comme un legs avec charge à personne morale préexistante. Et de cette manière, la volonté du testateur n'a pas été respectée ; celui-ci n'a pas songé à choisir comme légataire l'Assistance publique, ni à rendre bénéficiaires de la disposition les pauvres de Paris en général.

(1) Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, *Essai sur les fondations par testament* dans la *Rev. trim. de droit civ.*, t. III, p. 260 et suiv.

portante à la fondation de droit privé, telle qu'elle fonctionne en droit français : c'est qu'elle tend à la création de la mainmorte non autorisée : « Il y a un bien curieux chapitre à écrire, dit Saleilles, sur les moyens détournés employés chez nous depuis un siècle pour dissimuler la propriété corporative. On ne voulait pas de la mainmorte ouverte et contrôlable et l'on créait la mainmorte dissimulée et insaisissable, la seule vraiment dangereuse, moins peut-être par son objet que par ses procédés de dissimulation. » (2.) M. Lévy-Ullmann développe la même idée dans sa note au Sirey (3) : « Le legs direct à l'œuvre à fonder nécessiterait à un double titre l'intervention de l'autorité : la reconnaissance d'utilité publique serait indispensable ; de plus, l'art. 910 Code civil réclamerait l'autorisation gouvernementale pour l'acceptation du legs. Les deux règles, suivant lesquelles une personne morale visant un intérêt général ne peut se constituer sans la volonté de l'Etat et ne peut pas voir croître son patrimoine en dehors de cette volonté, sont essentielles et constitutives de notre droit public contemporain. Tandis que la fondation est chez nous, au premier chef, matière de droit public, depuis cinquante ans la jurisprudence civile s'est efforcée de faire triompher le résultat contraire, d'assurer exclusivement la constitution et le maintien des fondations testamentaires au moyen des seules institutions de droit privé, en dehors de toute ingérence des pouvoirs publics, à légitimer de véritables fondations de droit privé. »

(1) *De la personnalité juridique*, p. 16.

(2) S., 1905, I, 139.

Le célèbre article de Turgot exprime l'hostilité des encyclopédistes contre les fondations. Cette hostilité provenait du fait que sous l'ancien régime il n'y avait d'autres fondations que les fondations religieuses, qui se ressentaient de la décadence des couvents vers la fin du dix-huitième siècle. Les biens de mainmorte étaient composés vers la fin de l'ancien régime à peu près uniquement d'immeubles qui ne circulaient pas. La terre et les biens fonds de ces fondations étaient mal cultivés et il y avait là une déperdition de ressources. Mais la composition de la fortune des fondations a changé aujourd'hui ; presque toutes les fondations sont devenues laïques et elles ne possèdent plus de grandes fortunes immobilières. Du moment que la plupart des inconvénients économiques de la mainmorte ont disparus, les entraves qu'on apporte au libre essor des fondations ne trouvent plus aucune justification.

C'est par l'association et la fondation, donc par l'initiative privée, que les citoyens d'un pays peuvent aider l'État à remplir sa mission qui est de pourvoir aux intérêts de la collectivité. L'État n'a pas les moyens et l'énergie nécessaire pour accomplir tous ses buts. Il ne peut réaliser tout au plus que les plus urgents ; le reste doit être laissé à l'initiative généreuse des particuliers. Presque toutes les grandes législations d'aujourd'hui, le droit allemand et le droit suisse en particulier, ont compris cette vérité. La matière des personnes juridiques n'appartient plus au droit public ; elle a pris place dans les codes civils.

La caractéristique principale du système allemand

est que la fondation se réalise directement par un acte juridique de droit privé. Donc, la volonté du fondateur, qui se manifeste soit par un acte entre vifs, soit par un acte de dernière volonté, crée sans l'intermédiaire d'une personne morale préexistante ou d'une personne physique la personnalité civile de la fondation, capable d'avoir un patrimoine indépendant. Par conséquent, la fondation allemande devient une œuvre privée et individuelle.

On a objecté au système allemand de la fondation privée qu'il ne diffère point pratiquement du système français de la fondation de droit public. Ce serait une simple question de mots, du moment qu'on doit autoriser la fondation, de dire que la personnalité lui vient de la volonté du fondateur et de l'acte de fondation, plutôt que de la concession administrative. Saleilles trouve, et nous ne faisons qu'approuver son opinion, que l'intérêt de la distinction est considérable ; il se manifeste, d'après lui, à trois points de vue (1) :

1° Du moment que l'autorisation a été accordée, la personnalité, et par suite la capacité de la fondation, peut remonter à l'acte même du fondateur ;

2° L'autorisation peut intervenir sur le vu seulement de l'acte de fondation, sans qu'il soit nécessaire d'attendre, comme c'est le cas en France, qu'un établissement matériel soit déjà fondé et qu'il ait fonctionné. C'est ainsi que la pratique allemande rend possibles les

(1) *Rapp. préliminaire* dans le *Bull. de la Soc. d'études législ.*, 1906, p. 483 et suiv.

fondations poursuivant la réalisation d'un but, qui ne se manifeste par aucune manifestation extérieure ;

3° Enfin, la reconnaissance d'utilité publique suppose que l'Etat prenne l'œuvre sous son patronage et la rattache aux services dépendant de lui ; par conséquent, l'importance de la fondation doit être considérable et son utilité doit atteindre les proportions d'un service public. Au contraire, la simple autorisation administrative ne se présente pas comme une création de l'Etat ; elle n'est qu'une mesure de contrôle qui n'enlève rien du caractère privé de la fondation.

La Société d'études législatives, ayant comme rapporteur Saleilles, a élaboré en 1908 un projet réglémentant la matière des fondations sur le modèle des dispositions allemandes et suisse. (1), L'art 1 du projet pose le principe de la fondation directe, entre vifs ou à cause de mort ; c'est l'acte de fondation qui crée sa personnalité juridique indépendamment de toute intervention administrative. Mais cette personnalité ne peut être acquise que si certaines conditions préalables de publicité ont été remplies : la fondation doit être enregistrée, conformément à l'art. 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901. Mais la capacité juridique de la fondation n'en résulte pas moins de l'acte juridique, dans lequel se manifeste la déclaration de volonté du fondateur. Par conséquent, l'art. 1, al. 3, dispose que la capacité conférée date du jour même de l'acte de fondation, si la fondation est entre vifs ou de l'ouverture de la succession, s'il s'agit de

(1) *Bull. de la Soc. d'études législ.*, 1908, p. 417 et suiv.

fondation à cause de mort. L'art. 2 dispose que la fondation entre vifs sera faite par acte notarié ; on applique donc la règle de l'art. 931 du Code civil en matière de donations, car on doit prendre les mêmes garanties envers les fondations que celles dont on entoure les donations. L'alinéa 2 du même article consacre le système de la fondation directe à cause de mort. La fondation ne peut être publiée tant qu'elle n'a pas été autorisée par décret rendu en Conseil d'Etat, qui donne sa décision sans attendre la mise en œuvre de la fondation. Cette autorisation n'a pas les caractères de la reconnaissance d'utilité publique (art. 3).

Le projet fait une catégorie privilégiée des fondations ayant pour objet la bienfaisance ou le développement des sciences, des lettres ou des arts, dont l'autorisation est de droit (art. 4). Toute personne peut contester dans le délai de deux mois à partir de la requête à fin d'autorisation la demande d'autorisation (art. 5).

L'acquisition de la capacité civile par la fondation entraîne pour elle l'acquisition des biens qui lui sont affectés. En ce qui concerne les biens qui seront acquis ultérieurement par la fondation, à moins qu'elle ne devienne d'utilité publique, sa capacité est assimilée à celle des associations déclarées de la loi de 1901 (art. 8). Il y aura donc incapacité pour elle de recevoir des dons même manuels et incapacité de recevoir des legs : la fondation doit rester à son point de départ initial.

Dans sa seconde partie, le projet s'occupe du problème du contrôle, de la transformation et de la suppression des fondations. On a voulu introduire en

France les *Commissioners of charity* : la fondation est placée sous le contrôle d'une commission de surveillance départementale, présidée par le président du tribunal, assisté des juges, d'officiers ministériels, des représentants élus, qui veille à ce que les intentions du fondateur soient exécutées et qui remplit les lacunes statutaires (art. 9). Lorsque la fondation est devenue inutile ou se trouve en conflit avec l'intérêt public ou les bonnes mœurs, elle doit être transformée ou supprimée (art. 16).

Les Tribunaux civils décident des mesures à prendre. En cas de suppression, le patrimoine de la fondation est attribué soit à une fondation analogue, soit à une caisse des fondations destinée à fournir des secours aux œuvres de solidarité sociale (art. 17).

Le projet fournit en premier lieu à la fondation le moule juridique qui lui manquait jusqu'ici. Il fait de l'acte de fondation un acte juridique *sui generis*, qui pourra être réalisé tant à cause de mort que par acte entre vifs. En plus, le projet réalise un autre progrès concernant le fond même du droit : il permet de fonder une œuvre douée de personnalité morale à titre d'œuvre privée et non pas seulement comme établissement d'utilité publique. Le système de l'autorisation préalable du Code civil allemand, que le projet consacre, est beaucoup plus dans la tradition du droit public français que le simple système de l'enregistrement du Code suisse.

Mais nous ne pouvons pas approuver la disposition du projet, qui interdit aux fondations de recevoir postérieurement à leur création des dons ou des legs. C'est

un acte de volonté libérale qui a créé la fondation et nous ne voyons pas pour quel motif un second acte de libéralité ne pourrait pas accroître le patrimoine de la fondation. M. Duguit a bien raison de dire : « La fondation qui ne peut pas recevoir à titre gratuit est condamnée à mourir au bout d'un certain temps. Les dépenses augmentant chaque jour et les revenus de l'argent diminuant, le capital d'une association ou d'une fondation doit pouvoir s'augmenter. » (1.)

Un second projet sur les fondations a été présenté en 1921 par l'abbé Lemire (2). Ce projet accorde une plus grande liberté quant à la création des fondations : l'autorisation de la fondation n'est plus nécessaire. Le simple enregistrement, comme dans le Code civil suisse, suffit pour qu'une fondation prenne naissance. Cet enregistrement ne peut être refusé que pour deux motifs : 1° inutilité du but ou insuffisance des ressources ; 2° opposition à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. La Commission de surveillance départementale est supprimée et les fondations sont mises sous la tutelle du Conseil d'Etat.

Nous trouvons dans ces deux projets des tentatives assez hardies de donner une nouvelle réglementation à la matière si importante des fondations, en la mettant d'accord avec les tendances juridiques modernes. Nous exprimons l'espoir qu'une loi, qui consacrera ces efforts

(1) *Bull. de la Soc. d'études législat.*, 1909, p. 258.

(2) *Journ. off.*, Dec. parl., sess. extr., 1921, Chambre, annexe 3262, p. 62.

si louables, ne va pas tarder. Ce sera se rapprocher de l'idéal législatif que Saleilles, dont la pensée nous a toujours guidé au cours de notre travail, a résumé dans cette formule : « Aujourd'hui, la conscience universelle est de plus en plus de donner effet, autant que possible, aux volontés individuelles, dans ce qu'elles veulent et dans la mesure où elles le veulent. » (1)

Vu : *Le Doyen,*

H. BERTHÉLEMY.

Vu : *Le Président de la thèse,*

Henri LÉVY-ULLMANN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le recteur :

l'Inspecteur de l'Académie,

H. LECONTE.

(1) *De la personnalité juridique*, II, édit., p. 621.

BIBLIOGRAPHIE

- BEHREND. — *Die Stiftungen*, t. I, 1905.
- BEKKER. — *Pandektenrecht*, t. II, 1889.
- BESELER. — *Deutsches Privatrecht*, 1885.
- BIERMANN. — *Bürgerliches Recht*, t. I, 1908.
- BINDER. — *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907.
— *Die Rechtstellung des Erben*, t. I, 1901.
- BONELLI. — *Di una nuova teoria della personalità giuridica dans
Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1890.
- BRINZ. — *Pandekten*, t. I, 11^e édit., 1873.
- COSACK. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1913.
- CROME. — *System des bürgerlichen Rechts*, 1900.
- DEMEUS. — *Über fingierte Persönlichkeit dans Iherings. Jahrbü-
cher* (cit. Iher. Jahrb.), t. IV, 1861.
- DERNBURG. — *Bürgerliches Recht*, t. I, 1906.
— *Preussisches Privatrecht*, t. III, 5^e édit., 1894-97.
- ECK. — *Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch*, t. I, 1902.
- EICHINGER. — *Die rechtliche Natur des Stiftungsgeschäfts*, thèse 1913.
- ENDEMANN. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1903.
— *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*
(cit. R.G.E.).
- FERRARA. — *Teoria delle persone giuridiche*, 1915.
— *Trattato di diritto civile italiano*, t. I, 1921.
- FORSTER-ECCIUS. — *Preussisches Privatrecht*, t. IV, 1888.
- FUX. — *Das Recht der Staatsaufsicht über die öffentlichen Stiftun-
gen*, thèse 1911.
- GEOUFFRE DE LAPVADALLE. — *Théorie et pratique des fondations
perpétuelles*, thèse 1895.
- GERBER. — *Die Familienstiftung dans Iherings Jahrbücher*, t. II,
1858.
- GIERKE. — *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. II, 1873.
— *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechts-
prechung*, 1887.
— *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1893.

- GOLDMANN-LILIENTHAL. — Das bürgerliche Gesetzbuch, t. I, II éd., 1903.
- GRADENWITZ. — Der Wille des Stifters dans Kants Festschrift, 1904.
- HELLMANN. — Zur Lehre von der Willenserklärung dans *Iher.*
Jahrb., t. 42.
- HELLWIG. — Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
- HÖLDER. — Natürliche und juristische Personen, 1905.
- Allgemeiner Teil, 1900.
- Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung dans
Iher. Jahrb., t. 55.
- JACOBI. — Die theorie der Willenserklärung dans Fischers Abhand-
lungen, t. 20, II.
- IHERING. — L'évolution du droit, trad. Meulenaere, 1901.
- JELLINECK. — Allgemeine Staatslehre, t. I, 1900.
- System der subjectiven öffentlichen Rechte, II éd.,
1905.
- KARLOWA. — Zur Lehre von den juristischen Personen dans Grünhuts
Zeitschrift, t. XV, 1888.
- KOHLER. — Über das Recht der Stiftungen dans Archiv für bürger-
liches Recht, t. III, 1890.
- Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, t. I, 1908.
- KREMPIEN. — Über das Verhältniss von Stiftung und Schenkung,
these 1904.
- KUHLENBECK. — Bürgerliches Gesetzbuch, t. I, 1903.
- LEONHARD. — Allgemeiner Teil, 1900.
- LEVY-ULLMANN et GRÜNEBAUM-BALLIN. — Essai sur les fondations par
testament dans la Revue trimestrielle de droit civil, t. III, 1904.
- MANIGK. — Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.
- MAYER. — Deutsches Verwaltungsrecht, t. II, 1917.
- MEURER. — Die juristischen Personen des deutschen Reichsrechts,
1901.
- Begriff und Arten der heiligen Sachen, t. I, 1910.
- Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch, t. I,
1888.
- MÜHLENBRUCH. — Rechiliche Beurteilung des staedelschen Beerbungs-
falles, 1828.
- MUGDAN. — Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch,
t. I, 1899.
- OERTMANN. — Bürgerliches Gesetzbuch, t. I, 1908.
- PAULUS. — Über die staedelsche Kunstanstalt, 1827.
- PFEIFER. — Die Lehre von den juristischen Personen, 1847.
- PLANCK. — Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4 éd., t. I, 1913.
- Protokoll der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs
des B. G. B., t. I, 1897.

- REGELSBERGER. — *Pandekten dans Bindings Handbuch*, 1893.
- ROSIN. — *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, 1886.
- ROTH. — *Über Stiftungen dans Iher. Jahrb.*, t. I, 1857.
- RÜMELIN. — *Methodisches über juristische Personen*, 1891.
- SALEILLES. — *De la personnalité juridique*, I édit., 1910.
- *Rapport préliminaire dans le Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1906.
- *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, 1902
- *Les Piae Causae dans le droit de Justinien, dans les Mélanges Gérardin*, 1907.
- SAVIGNY. — *System des heutigen römischen Rechts*, t. III, 1840.
- SCHLOSSMANN. — *Zur Lehre von den Stiftungen dans Iher., Jahrb.*, t. 27.
- STAUDINGER. — *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 7-8 édit., t. I, 1912.
- STINTZING. — *Über das Stiftungsgeschäft dans Archiv für die civ. Praxis*, t. 88, 1898.
- VON TUHR. — *Allgemeiner Teil*, 1910, dans *Binding, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*.
- WARNEYER. — *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, t. I, 1919.
- WINDSCHEID-KIPP. — *Pandekten*, 9 édit., t. I, 1906.
- ZITELMANN. — *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, 1873.
- *Allgemeiner Teil*, 1900.
-

ERRATA

- Page 15, ligne 15, *au lieu de* sujets de droits, *lire* sujets de droit.
- 20, — 4, *au lieu de* conclusions, *lire* conclusion.
- 23, — 18, *au lieu de* catégorie détermine des fondations, *lire* catégorie déterminée de fondations.
- 25, — 10, *au lieu de* quoique qu'on, *lire* quoiqu'on.
- 27, — 19, *au lieu de* Hensler, *lire* Heusler.
- 30, — 16, *au lieu de* complexe des droits et des obligations, *lire* complexe de droits et d'obligations.
- 34, — 5, *au lieu de* individus isolée, *lire* individus isolés.
- 35, — *au lieu de* pourvons, *lire* pouvons.
- 35, — 15, *au lieu de* transcendente, *lire* transcendante.
- 36, — 3, *au lieu de* des plusieurs, *lire* de plusieurs.
- 44, — 28, *au lieu de* revint, *lire* revient.
- 58, — 10, *au lieu de* bondation, *lire* fondation.
- 60, — 10, *au lieu de* apareil, *lire* appareil.
- 62, — 16, *au lieu de* des plusieurs, *lire* de plusieurs.
- 88, — 9, *au lieu de* ces membres, *lire* ses membres.
- 89, — 6, *au lieu de* des lois, *lire* de lois.
- 92, — 14, *au lieu de* catégorie des fondations, *lire* catégorie de fondations.
- 94, — 14, *au lieu de* disposition du patrimoine, *lire* disposition de patrimoine.
- 96, — 10, le problème ajoutez de savoir.
- 100, — 7, et 101 note *au lieu de* déléguant, *lire* délegant.
- 112, — 13, *au lieu de* sand, *lire* sans.
- 119, — 14, *au lieu de* vlabilité, *lire* valabilité.
- 119, — 21, *au lieu de* Malgré cette indépendance, la valabilité de cet, *lire* comme un acte juridique unitaire.
- 136, — 11, réglementation expresse *ajouter* du droit.
- 145, — 25, *au lieu de* sujet des droits et des obligations, *lire* sujet de droits et d'obligations.
- 147, — 10, *au lieu de* posée, *lire* posés.
- 155, — 2, *au lieu de* privilégie, *lire* privilégiée.
- 158, — 8, *au lieu de* aparaitrait, *lire* apparaîtrait.
- 162, — 17, *au lieu de* des différents, *lire* de différents.
- 167, — 2, *au lieu de* le cas, *lire* les cas.
- 167, — 15, *au lieu de* quand, *lire* où.
- 167, — 17, *au lieu de* impréatives, *lire* impératives.
- 183, — 30, *au lieu de* caracéristique, *lire* caractéristique.
- 185, — 15, *au lieu de* suisse, *lire* suisses.
- 191, — 11, *au lieu de* Demelus, *lire* Demelius.

Chapitre VI. — Le droit d'action des destinataires	135
<i>Titre III :</i>	
Transformation et disparition de la fondation....	154
Chapitre premier. — La transformation de la fondation	154
Chapitre II. — La révocation de la fondation....	158
Chapitre III. — L'extinction de la fondation....	162
<i>Appendice :</i>	
La fondation de famille.....	170
Conclusion	178
Bibliographie	190

IMPRIMERIE DE LA VIE UNIVERSITAIRE

13, quai de Conti



